

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA
NOTION DE L'ALÉA
DANS LES CONTRATS

THESE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Samedi 24 mai 1924, à 2 heures

PAR

RAYMOND KAHN

Ancien élève de l'Ecole Polytechnique
Ingénieur Principal de la Marine

Président : M. HÉMARD, professeur

Suffragants { *MM. CAPITANT, professeur*
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, chargé de Cours

PARIS

JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

1924

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA
NOTION DE L'ALÉA
DANS LES CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Samedi 24 mai 1924, à 2 heures

PAR

RAYMOND KAHN

Ancien élève de l'Ecole Polytechnique
Ingénieur Principal de la Marine

Président : M. HÉMARD, professeur

Suffragants { MM. CAPITANT, professeur
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, chargé de Cours

PARIS

JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS

15, Rue Racine, 15

1924

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



L'ALÉA DANS LES CONTRATS

INTRODUCTION.

La notion juridique et la notion technique.

1. — Le mot latin *aléa*, passé dans notre langue au cours du ^{xix}^e siècle, signifiait à Rome jeu de dés, et, par extension, événement incertain ; c'est dans ce dernier sens qu'il est pris de nos jours où son emploi est tout à fait courant. Un aléa est donc un événement, favorable ou défavorable, qui peut, soit se réaliser, soit ne pas se produire. Une notion aussi générale, applicable à presque tous les événements futurs, n'est guère susceptible de propriétés particulières, et ne peut prêter en conséquence qu'à des développements d'ordre philosophique. D'où la nécessité de lui ajouter quelque chose qui permette de l'étudier à un point de vue plus étroit, par suite plus précis.

2. — L'idée d'aléa peut être envisagée soit dans son objet soit quant au sujet qui la perçoit. Ce dernier point de vue a été de tout temps pris en considération par le droit, mais il n'y a donné matière à aucune étude d'ensemble, capable d'en faire une notion juridique construite synthétiquement. Les juristes ont accueilli la notion d'aléa telle qu'elle était vulgairement conçue et n'ont précisé qu'incidemment à quelles conditions le droit en tiendrait compte et quels en seraient alors les effets.

La notion juridique de l'aléa est donc exclusivement appuyée sur la notion vulgaire, et elle a été formée par la délimitation des effets de l'aléa, plutôt que par des précisions touchant à sa nature.

A Rome elle était déjà, introduite, et un retour sur le droit romain montre immédiatement des exemples frappants d'effets juridiques exceptionnels qui constituent de véritables faveurs accordées à la considération de certains aléas.

Citons d'abord les vœux qui se présentent comme une dérogation remarquable à l'inefficacité de la simple promesse. Il n'existe à leur sujet qu'un seul texte au Digeste (1), mais il suffit à établir que cet ancêtre des contrats aléatoires était très énergiquement sanctionné ; l'obligation qu'il faisait naître était même transmissible aux héritiers.

Dans une matière toute différente, celle du prêt maritime, nous voyons le caractère aléatoire d'une convention recevoir la faveur d'une dérogation à la règle essentielle de gratuité du *mutuum*, et un simple pacte se trouver de ce fait revêtu d'une action de droit strict (2). Les dispositions qui le concernaient ayant été, par la suite, appliquées aux autres prêts aléatoires, la considération de l'aléa se trouva, dans des cas étendus, être la cause d'importantes dérogations aux principes juridiques habituels. A Rome, comme de nos jours, la recherche des caractères que doit présenter l'aléa pour être pris en considération dans les rapports de droit, puis l'étude des diverses particularités qu'il introduit dans leur formation, leur interprétation ou leur exécution, aurait permis de dégager la notion juridique de l'aléa.

3. Mais on peut se demander si une telle étude, entreprise à notre époque, ne suggérerait pas l'idée de faire pénétrer franchement dans le droit les précisions que les

1. D. L. 12.2. pr.

2. Cuj., *Droit Romain*, p. 441.

temps modernes ont apportées à la notion de l'aléa envisagée dans son objet. Il existe en effet actuellement une foule de contrats extrêmement pratiques, qui reposent essentiellement sur le calcul des effets aléatoires et qui sont par suite fondés sur une notion technique de l'aléa beaucoup plus maniable que la notion vulgaire. Sous réserve de certaines hypothèses, mais dans des cas pratiquement très étendus, l'aléa a pu être schématiquement représenté par une sorte de modèle mathématique qui a permis d'appliquer la rigueur des nombres à la prévision de l'avenir. Le plus ancien exemple connu d'une telle prétention se trouve dans un commentaire de la *Divine Comédie*, de Dante Alighieri, imprimé à Venise, en 1477 (1). Pascal, puis Fermat au *xvii^e* siècle se sont posé quelques questions concernant la théorie des jeux. Ensuite apparut le livre célèbre de Jacques Bernoulli, *l'Ars conjectandi*, imprimé après sa mort, en 1713. Depuis lors, tous les mathématiciens s'occupèrent de ces questions ; Condorcet, Laplace, Poisson, Cournot, et bien d'autres ensuite. A l'époque contemporaine, les applications du calcul des probabilités ont pris une telle ampleur, que M. Borel a pu écrire ceci dans la préface de son livre *Le Hasard* : « le moment est venu » de nous demander si nous n'avons pas assisté, presque « sans nous en apercevoir, à une véritable révolution « scientifique ». Puis différents chapitres sont consacrés successivement à l'application des lois du hasard aux sciences sociologiques, biologiques, physiques, mathématiques. Aucun chapitre ne traite des sciences juridiques : le droit se méfie des révolutions.

Pourtant, le large développement, pris à l'époque contemporaine par des contrats aléatoires collectifs inséparables d'une technique approfondie, semble poser le problème de l'emploi systématique de la notion technique de l'aléa dans le domaine juridique. Ces applications paraissent imposer une union plus intime des deux notions que nous avons distinguées jusqu'ici.

1. R. de Montessus, *Calcul des probabilités*, n° 15, p. 15.

4. — La présente étude est divisée en deux parties. La première partie traite de la notion technique de l'aléa envisagée en vue de ses applications aux contrats. Elle comprend trois chapitres. Le premier est consacré à quelques considérations préliminaires sur la définition et la valeur pratique de la probabilité et de la statistique. Le second traite de la notion de risque, élément essentiel des contrats aléatoires.

Le troisième distingue et compare certains types de contrats aléatoires collectifs notamment la loterie, le jeu, et l'assurance. La seconde partie concerne la notion juridique : elle envisage successivement dans trois chapitres les particularités que peut introduire l'aléa dans la formation du consentement, l'interprétation des volontés, la structure de l'obligation ; enfin un quatrième chapitre est consacré à la définition des contrats aléatoires. Un rapprochement entre la précision de la notion technique et les incertitudes de la notion juridique, permettra de conclure alors que celle-ci devrait le plus souvent possible s'appuyer sur celle-là, et qu'une pénétration plus profonde des éléments techniques dans le domaine juridique donnerait, en matière aléatoire, plus de simplicité à la doctrine, plus d'équité à la jurisprudence, et plus d'utilité aux lois.

PREMIÈRE PARTIE.

LA NOTION TECHNIQUE DE L'ALÉA DANS LES CONTRATS.

CHAPITRE PREMIER.

CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES.

La probabilité et la statistique.

SECTION I. — LA PROBABILITÉ.

5. — Parmi les possibilités futures, quelques-unes nous paraissent si vraisemblables que nous n'hésitons pas à les déclarer certaines. D'autres, au contraire, nous le semblent si peu que nous les assimilons d'emblée aux éventualités impossibles. Entre ces cas extrêmes s'étend toute la gamme des possibilités plus ou moins vraisemblables ; il peut donc se faire que d'eux d'entre elles nous paraissent l'être également.

Cette apparence, toute subjective, n'est souvent qu'un sentiment vague et momentané. Néanmoins on peut imaginer sans peine des possibilités qui paraîtront également vraisemblables à tout le monde. Par exemple la sortie de pile ou de face quand on jette une pièce de monnaie. Il n'y a en effet aucune raison sensée de croire *à priori* à pile plutôt qu'à face ; on peut même adopter cette condition pour définir l'aptitude de la pièce au jeu. La notion d'événements également vraisemblables se trouve ainsi matériellement représentée par le jeu de pile ou face pris sous sa forme la plus simple.

6. — Cette notion mérite, malgré sa simplicité, de rete.

nir l'attention ; car c'est sur elle que repose la définition de la probabilité. Associons en effet par la pensée un certain nombre d'événements également probables, et tels que l'arrivée de l'un exclue l'arrivée des autres. Imaginons en outre que parmi ces événements les uns entraînent un résultat donné et les autres ne l'entraînent pas. Les premiers constituent ce qu'on appelle les cas favorables. L'ensemble de tous forme l'ensemble des cas possibles.

On appelle probabilité du résultat attendu le rapport du nombre des cas favorables à ce résultat au nombre total des cas possibles. Cette définition ne soulève parfois aucune difficulté. Dans un jeu de 32 cartes la probabilité de tirer un roi est $4/32$ puisque le nombre total des cas possibles, c'est-à-dire des cartes, est 32, et que parmi ces cartes il y a 4 rois. Quand on jette un dé, la probabilité d'amener le point 4 est $1/6$, le dé ayant 6 faces dont une seule porte le point 4. Le langage courant emprunte volontiers la forme de cette définition et l'on dit souvent : j'ai une chance sur 8 de tirer un roi ; une chance sur 6 d'amener le 4.

Ces exemples sont sans difficultés parce que tout le monde reconnaît aux différentes cartes du jeu ou aux différentes faces du dé la propriété d'être également probables *a priori*. Mais il n'en est pas toujours ainsi, et dans bien des questions l'égalité probabilité des différents cas constitue une convention plus ou moins arbitraire. Il en résulte qu'en général une question de probabilités comporte deux phases, l'une philosophique, dans laquelle on précise les cas regardés comme également probables, l'autre, mathématique, dans laquelle on applique aux conventions faites les règles du calcul (1).

Ces principes sont trop classiques pour que nous y insistions davantage et nous allons nous demander maintenant quelle est la valeur pratique de cette notion de probabilité dont nous venons de rappeler la définition.

7. — Voici un dé qui donne par convention 1 chance

1. H. Poincaré, *Cours*, 93-94, n° 5, p. 5.

sur 6 d'amener le point 4; existe-t-il, par ce seul fait, un résultat que nous puissions annoncer avec certitude? Oui, et ce résultat est le suivant : sur un grand nombre d'épreuves le rapport du nombre d'arrivée du point 4 au nombre des coups de dé, tend vers $1/6$ à mesure que croît le nombre des épreuves. Cette conséquence de la notion de probabilité est connue sous le nom de loi des grands nombres.

Cette loi ne repose nullement, comme on l'a dit, sur l'expérience; elle est une conséquence purement arithmétique de la notion même de probabilité.

Si l'on jette le dé 1.000 fois, la série des 1.000 points successivement obtenus est l'un des très nombreux arrangements possibles des 6 points mille à mille, avec répétitions. En d'autres termes, c'est l'un des nombres de mille chiffres qu'on peut écrire avec 1, 2, 3, 4, 5, 6.

Si l'on comptait, parmi tous ces nombres possibles ceux qui contiennent le chiffre 4, une fois, 2 fois, 3 fois, etc..., 1.000 fois, on constaterait que ceux qui le contiennent environ $\frac{1.000}{6}$ fois sont de beaucoup les plus nombreux.

Autrement dit, si l'on jette 1.000 fois le dé le nombre le plus probable des sorties du point 4 (1) est le nombre entier le plus voisin de $\frac{1.000}{6}$, c'est-à-dire 167.

Supposons, qu'en fait, le point 4 ait été amené 178 fois : on dira que l'écart de la série a été de 11, en plus.

8. — On peut calculer, sans faire aucune hypothèse nouvelle la probabilité qu'avait *a priori* cet écart de ne pas être atteint, ou d'être dépassé, soit dans un sens, soit dans l'autre. Bernoulli a donné pour cela une formule célèbre qui permet d'obtenir très rapidement un résultat très bien approché. On appelle généralement écart absolu l'écart que nous venons de définir, et écart relatif le rapport de celui-ci au nombre des épreuves (dans notre exemple 11

1. Le point 4, ou tout autre point, bien entendu.

est l'écart absolu, $11/1000$ l'écart relatif). La formule de Bernoulli montre, en particulier, que lorsque le nombre des épreuves augmente l'écart absolu croît à peu près comme la racine carrée du nombre des épreuves. Il en résulte évidemment que l'écart relatif tend alors vers zéro. On appelle parfois probabilité statistique celle qui résulte de l'observation des faits. Ainsi, dans notre exemple, la probabilité statistique de la sortie du point 4 serait $178/1.000$, tandis que $1/6$ serait appelé la probabilité mathématique. Avec ce nouveau vocabulaire la propriété indiquée plus haut s'énonce ainsi : la probabilité statistique tend vers la probabilité mathématique lorsque le nombre des répétitions augmente indéfiniment. Nous n'avons rappelé ces résultats très connus que pour bien mettre en évidence les points suivants :

1° La notion de probabilité suffit à établir la loi des grands nombres;

2° Le calcul permet de déterminer la probabilité d'événements complexes, une fois admise celle de certains événements simples;

3° En cas d'épreuves fréquemment répétées, la conformité des faits aux prévisions du calcul est une *quasi-certitude*.

9. — Le terme de quasi-certitude que nous venons d'employer étant de nature à inspirer une certaine méfiance, il est bon de le préciser par quelques chiffres. On peut le faire très simplement grâce à la notion d'unité décimale d'écart introduite par M. Borel. L'unité décimale d'écart est l'écart tel que la probabilité pour qu'il soit dépassé soit précisément égale à $1/10$ (1). Moyennant certaine approximations, parfaitement admissibles lorsqu'on se propose simplement de mettre en évidence l'allure de la loi des grands nombres, M. Borel a établi que la probabilité pour que l'écart dépasse n fois l'unité décimale est 10^{-n} environ. Ainsi dans l'exemple d'un dé lancé

1. *Le Hasard*, p. 34.

1.000 fois, l'unité décimale d'écart pour la sortie de l'un quelconque des 6 points est à peu près (1) 25, et il en résulte que la probabilité *a priori* d'un écart supérieur à 25, à 50, à 75 est respectivement d'un dixième, d'un dix millièmè, d'un milliardièmè.

On peut donc, avant de jeter le dé, prédire que, sur 1.000 coups, le point 4 ne sortira pas plus de 75 fois en dehors de son tour, et l'on aura à peine 1 chance sur un milliard de voir cette prédiction démentie par les faits.

Il n'est donc pas exagéré de dire que la probabilité de cette prédiction est pratiquement une certitude. Mais, qualifierons-nous aussi de certitudes les prédictions qui n'auraient que 1 chance sur 10.000, 1 chance sur 1.000, 1 chance sur 100 d'être démenties ? En un mot, à partir de quelle valeur est-il permis d'assimiler une probabilité à une certitude ? C'est une très vieille question connue sous le nom de « sophisme du tas de blé » : à partir de quel nombre un ensemble de grains est-il un tas, une réunion de gens est-elle une foule, une agglomération de maisons est-elle une ville... etc. ? La réponse est bien connue. Dans le cas particulier qui nous occupe, la probabilité à partir de laquelle nous négligeons les éventualités peu probables caractérise notre prudence. La prudence varie suivant les personnes et suivant les circonstances. Il est de fait que tout le monde néglige le milliardièmè. A part les compagnies d'assurances, tout le monde néglige même le millionnièmè. La plupart des gens considèrent comme certain un résultat qui a 999 chances sur 1.000 de se produire. Quelquefois même telle personne dira : j'ai 99 chances sur cent de réussir, et elle prétendra affirmer par là sa foi dans le succès. Nous entendions plus haut par « quasi certitude » ce genre de certitude qui suffit pour dicter à la plupart des hommes leurs déterminations. On dit aussi parfois certitude « morale », par opposition avec la certi-

1. Formule : 2 fois la racine carrée de p. q. m. Ici deux fois la racine carrée de $\frac{1}{6} \times \frac{5}{6} \times 1.000$, soit un peu plus de 23.

tude dite mathématique. Celle-ci est caractérisée par le fait que tous les cas possibles sont des cas favorables.

10. — La certitude mathématique ne présente aucun intérêt, car elle n'apprend rien de nouveau. Il n'en est pas de même de la certitude morale, ainsi le fait que sur 1.000 coups de dés un écart supérieur à 50 ne se produira pas, constitue l'énoncé d'un résultat quasi-certain qui n'était pas évident. Le bon sens indique à tous que la probabilité d'amener 4 au premier coup de dé est $1/6$. mais le bon sens devient muet dès qu'il s'agit d'un ensemble complexe de coups de dés. L'objet du calcul est précisément de déterminer la probabilité d'un événement complexe connaissant celles d'événements simples. L'une des plus importantes applications du calcul des probabilités est celle que nous venons de rappeler et qui conduit à prévoir des résultats pratiquement certains dans le cas d'épreuves fréquemment répétées. Cela revient à dire, en somme, que bien souvent le résultat global d'un ensemble d'effets aléatoires se trouvera pratiquement dépourvu de tout aléa. En ce sens, la probabilité constitue une réalité véritablement objective : elle est la cause d'un effet statistique. Lorsqu'on s'est bien rendu compte de ce fait, on ne peut plus mettre en doute la valeur pratique de la notion de probabilité.

Dès lors, s'il s'agit d'un objet aléatoire promis par contrat la probabilité de l'aléa dont il dépend, constitue un élément technique dont il ne faut pas hésiter à tenir compte, et dont la considération pourrait entraîner des conséquences d'ordre juridique.

SECTION II. — LA STATISTIQUE

11. — Fixer, par un nombre, la probabilité d'un événement futur, revient, en somme, à assimiler, avec plus ou moins d'à-propos, les causes qui agissent sur sa production à celles qui agiraient sur une pièce, lancée au hasard

et ayant, par construction, telle probabilité de montrer face. On ignore quelles sont les causes qui font montrer face à la pièce ; on ne connaît pas davantage celles qui provoqueront l'arrivée de l'événement ; mais on suppose que les unes et les autres peuvent être, dans leur ensemble, remplacées par la même, qui est la probabilité *tant*.

La probabilité se présente alors comme une cause fictive mise, par raison de commodité, à la place d'une foule de causes réelles trop difficiles à démêler.

C'est en effet le propre des phénomènes fortuits, de dépendre de causes trop complexes pour qu'il soit possible de les étudier séparément. L'objet de la statistique est précisément de déterminer, à partir de l'observation des faits, les probabilités susceptibles d'être substituées à ces ensembles de causes complexes.

12. — Parmi celles-ci, quelques-unes peuvent dans certains cas apparaître nettement *a priori*. Par exemple il est évident que l'âge influe sur la mortalité, et qu'il ne faudrait par suite rien attendre de bon d'une recherche des taux de mortalité au sein d'un groupement d'individus d'âges divers et quelconques. Plus on éliminera, par avance, de causes connues, plus on aura de chances d'assimiler facilement au hasard les effets des causes résiduelles restantes.

Ainsi, le statisticien va se trouver balancé entre deux nécessités contradictoires : d'une part répartir ses observations en un grand nombre de catégories de manière à séparer le plus de causes étrangères au hasard, et d'autre part, conserver dans chaque catégorie un nombre d'observations suffisamment grand pour fournir une mesure précise de la probabilité.

Il est évident que plus les catégories seront nombreuses, moins elles seront riches ; la mesure de la probabilité demande un champ large, son existence exige un champ étroit.

L'art du statisticien consiste à choisir un juste milieu entre ces deux tendances. Un des exemples les plus par-

faits d'emploi de la méthode statistique est celui de l'établissement des tables A. F. et R. F. par le Comité des compagnies d'assurances. Cet important travail a résolu de façon satisfaisante le problème de la détermination des taux de mortalité.

13. — Mais aurait-on pu espérer le même succès dans l'étude de phénomènes plus complexes et soumis à des causes plus difficiles à démêler ?

Prenons quelques exemples (1) :

1° Pierre n'a pas de fortune. Il épouse Jeanne qui a une certaine dot. Une compagnie d'assurances pourrait-elle lui garantir, sous certaines réserves, qu'elle lui payera une somme convenue en cas de divorce ?

2° Pierre engage un procès commercial. Une compagnie d'assurances pourrait-elle lui garantir qu'au cas où il le perdrait, elle lui payerait une somme convenue ?

3° Pierre est accusé d'un délit ou d'un crime. Il peut être acquitté ou condamné à diverses peines. Une compagnie peut-elle lui garantir, en cas de condamnation, le paiement d'une somme convenue ?

La principale difficulté est de s'assurer de la moralité de tels contrats. Sans aucun doute on pourrait réunir des données et construire des tables, car une foule de divorces, une foule de procès, ont déjà été observés et se classeraient en types assez peu nombreux. Le travail matériel qui a été fait pour la mortalité pourrait sûrement se faire pour certains procès. Mais au moment d'appliquer ces tables pour préparer les bases d'un contrat, quelles garanties aurait l'assureur de la bonne foi de l'assuré ? Ces garanties ne pourraient résulter que d'enquêtes préalables concernant la personne de l'assuré suivies d'exclusions très larges. Mais, ces exclusions faites, resterait-il assez de clients pour permettre à la loi des grands nombres de faire son office, qui est de donner à l'assureur la certitude

1. Empruntés à R. de Montessus, *Calcul des probabilités*, n° 160.

morale du bénéfice sans mettre pour cela le cours du risque à un taux prohibitif ? C'est peu probable en ce qui concerne les divorces et les procès criminels, mais, cela semble fort possible en ce qui concerne les procès commerciaux.

14. — Voici un autre problème qui a passionné les mathématiciens : quelles chances a un innocent d'être condamné ?

Laplace, Condorcet, Poisson, Bertrand, ont écrit des mémoires considérables sur cette question.

Tout d'abord (1), a quoi peut-on reconnaître qu'un innocent a été condamné ?

Comment peut-on dresser une statistique des jugements erronés ? Le seul procédé est de compter le nombre des jugements des tribunaux ordinaires que les Cours d'appel et la Cour de cassation ont réformés. Sera réputé mauvais tout jugement ainsi réformé. Admettons que la statistique soit construite d'après ces données, que le rapport du nombre des jugements réformés au nombre total des jugements soumis aux Cours soit de $1/10$: pourra-t-on en conclure qu'a *a priori* un innocent a une chance sur 10 d'être condamné en première instance, et, étendant le résultat à tous les tribunaux, qu'un innocent a une chance sur 10 d'être condamné ? Pour conclure ainsi, il faudrait être assuré que les cours sont infaillibles, et que tous les mauvais jugements ont fait l'objet d'un appel.

Quoi qu'il en soit ce problème peut servir d'introduction à un autre beaucoup plus grave ; quelle part pourrait-on faire au hasard dans la détermination de la sentence ?

15. — C'est là, au fond, la question de la valeur probable des preuves. Le système qui consiste à chiffrer les preuves pour et contre et à en faire la balance suivant cer-

1. Montessus, ouvrage cité, n° 161.

taines règles, a été employé sans avoir été basé sur une étude vraiment scientifique, telle que la permettrait peut-être, de nos jours, l'état de nos connaissances en matière d'observations expérimentales.

Les mots de demi-preuves, quart de preuves,... etc. sont, par eux-mêmes, vides de sens ; il devrait être convenu qu'une demi-preuve est un indice que des observations sérieuses et répétées ont montré une fois sur deux conforme à la réalité. Cela posé, supposons que des recherches bien conduites aient pu montrer qu'en fait telle preuve révèle la vérité 2 fois sur 3, et telle autre 4 fois sur 5. La concordance de ces deux preuves, supposées indépendantes, donnerait 1 chance sur 15 d'erreur.

Si donc cette probabilité se trouvait inférieure à celle de l'erreur judiciaire résultant de la statistique indiquée plus haut, il y aurait avantage à abandonner dans ce cas le système de l'intime conviction. Ce ne serait pas une telle nouveauté, car c'est un peu comme cela que fonctionnent les présomptions irréfragables, qui donnent, en fait, des quasi-certitudes. Ainsi, en droit civil, l'article 322 dont l'effet décisif se produit par la réunion du titre et de la possession d'état, fait naturellement penser au théorème des probabilités composées.

16. — Pourtant l'application du calcul des probabilités en matière de preuve, qui nécessiterait d'abord une étude statistique, ne lèverait pas la difficulté de la reconnaissance de la preuve. Montrons-le sur un exemple, emprunté à Voltaire.

Le témoin d'un meurtre fut confronté un jour avec le prévenu et dit : « Ce n'est pas là l'assassin. » — « Dieu soit loué, s'écria l'accusé, en voici un qui n'en a pas reconnu ! » Cette parole pouvait avoir deux sens : dans un cas c'était un aveu, dans l'autre, c'était le cri d'une conscience pure, heureuse d'être déchargée d'un odieux soupçon. Pour choisir entre les deux interprétations, il fallait évidemment chercher en dehors de la preuve elle-même.

L'accusé ne s'est-il pas troublé après avoir dit ces mots ? Lorsque le juge a interprété ses paroles dans le premier sens, quel genre d'étonnement a-t-il manifesté ? etc... Par conséquent, même si le fait en lui-même s'était reproduit des centaines de fois, même si l'on avait pu savoir dans chaque espèce si l'accusé était ou n'était pas coupable, une statistique rationnelle devrait séparer ces résultats en une foule de catégories. Le problème de la détermination des causes *a priori*, inséparable de toute opération statistique, aurait donc pour effet de réduire ici le nombre des faits dans chaque catégorie, et, par là-même d'ôter toute valeur à la probabilité statistique dans chacune d'elles, à moins que cette probabilité soit une quasi-certitude. Mais alors la tâche du juge serait de classer *a priori* l'aveu dans telle ou telle catégorie ; ce qui remet en honneur le système de l'intime conviction.

17. — En somme, les deux problèmes qui consistent à se demander si l'on peut, par des procédés statistiques, soit prévoir l'issue d'un procès, soit déterminer la sentence ne sont analogues qu'en apparence. Ils sont, en réalité, très différents. Le premier est du domaine de l'assurance : son but est de calculer la valeur marchande d'un certain risque. Du second dépendrait la condamnation ou l'absolution de tel individu. Sans doute, pour résoudre l'un et l'autre, la statistique aurait à observer le même ensemble de faits : il s'agirait bien des mêmes mesures, mais non de la même précision.

Pour le premier, le statisticien pourrait se permettre de classer les observations en catégories assez larges : l'assureur pourrait au reste en chargeant les primes.

Pour le second, la fortune, l'honneur d'un homme déterminé est en jeu : seule une quasi-certitude permet au juge de se décider ; la statistique devrait lui présenter ses résultats d'une manière telle qu'au fond le système ne se distinguerait plus de celui de l'intime conviction, sauf dans des cas très particuliers où elle ferait apparaître des pro-

babilités extrêmement voisines de la certitude. Malgré le développement qu'a pris dans de nombreux domaines l'emploi des méthodes statistiques, il faut pourtant reconnaître que son application peut dans certains cas se heurter à des difficultés insurmontables.

CHAPITRE II.

LA NOTION DE RISQUE.

Notions vulgaires ; notion technique,
Compensation des risques.
Paris répétés et assurances.

18. — Le mot risque, qui vient sans doute de *re-secare*, signifie étymologiquement écueil, et, par extension, source possible de dommage. Mais il est pris couramment dans une foule d'acceptions différentes et désigne suivant les cas, soit la menace d'un certain aléa, soit sa probabilité, soit l'objet même qui s'y trouve exposé, soit l'étendue probable d'un sinistre envisagé ou de la perte qui en résultera.

Ces sens ne sont guère techniques et l'on pourrait aisément éviter quelques-uns d'entre eux en employant à leur place des synonymes plus clairs. Par exemple, l'élément externe envisagé comme cause possible d'un dommage peut être désigné très naturellement par le mot danger ; c'est même là le sens le plus pur du mot : *damnum gerere*. Quant à l'objet qui se trouve exposé au danger, c'est-à-dire celui dont on redoute la perte, il serait logique de l'appeler le péril ; ce serait là aussi le sens étymologique du mot, le sens qu'il a dans l'expression : plaider *sine periculo* (1).

1. En adoptant ces sens, le péril serait la chose qui peut périr, le danger la cause du péril, le risque la mesure du péril pour un danger donné. L'événement constitué par la réalisation effective de l'action du danger est le sinistre. Et comme la perte accomplie provoque le besoin de la réparer on peut concevoir le risque comme une prévision de ce besoin. De là

19. — Quoi qu'il en soit, la notion de risque éveille d'une manière plus ou moins directe un rapport entre les conséquences d'un aléa et sa probabilité. Ainsi, au jeu, le risque, c'est la perte ; mais la perte non accomplie ; celle qui n'est encore qu'à l'état de menace. On pressent instinctivement que les pertes plus ou moins grandes sont plus ou moins probables. Telle perte a plus de chances d'être dépassée ; telle autre a plus de chances de n'être pas atteinte. Pour donner à la notion de risque une précision qui permette les développements techniques, il faut lui assigner comme élément essentiel l'idée de mesure d'un effet aléatoire. C'est ce que nous ferons. Pour nous, le risque sera, dans des circonstances déterminées, la relation qui lie une perte et sa probabilité. Ainsi nous appellerons *risque*, soit la probabilité de telle perte, soit la perte ayant telle probabilité donnée ou dont la probabilité satisfait à une condition donnée.

Dans ce dernier cas, pour préciser la condition envisagée il faut ajouter un adjectif : par exemple, le risque probable sera la perte qui a chances égales de ne pas être atteinte ou d'être dépassée.

En somme le risque apparaît ainsi comme une fonction de deux variables, et l'usage permet d'appliquer le mot à l'une ou l'autre d'entre elles.

Le risque est donc essentiellement un rapport entre une perte ou un besoin et sa probabilité. C'est ce rapport que nous allons préciser. Il suffira pour cela de revenir sur ce qui a été dit à propos de la probabilité, car l'étude du risque n'est au fond que l'étude des effets d'une probabilité. En particulier, à la loi des grands nombres correspond le phénomène de la compensation des risques.

20. — Prenons d'abord un exemple très simple : un

l'extension de la notion de risque : on peut prévoir un besoin, s'assurer en vue d'un besoin, sans qu'il y ait perte proprement dite (cf. Hemard, *Cours*, 21-22, p. 261).

joueur propose une partie de pile ou face, en 10 coups, à 1 franc le coup ; que risque-t-il ?

Il ne peut, évidemment, que perdre ou gagner un nombre pair de francs compris entre 0 et 10 ; ce qui correspond au point de vue du résultat de la partie à 11 cas possibles. Ces 11 cas ne sont pas également probables et il est extrêmement facile de compter leurs probabilités respectives. Sur les 1.024 (1) façons dont la partie peut se présenter, une seule correspond à la perte de 10 francs, 10 à celle de 8 francs, 45 à celle de 6 francs, 120 à celle de 4 francs, 210 à celle de 2 francs, 252 à celle de 0 francs (2) puis les mêmes chiffres se reproduisent dans les 5 cas de gain. L'éventualité la plus probable est donc la partie nulle, et sa probabilité est $\frac{252}{1.024}$, soit environ $1/4$. De même, les probabilités de perdre 2, 4, 6, 8, 10 francs, sont respectivement en chiffres arrondis : $1/5$, $1/10$, $1/20$, $1/100$, $1/1000$.

La probabilité de perdre 10 francs est assez faible ; cependant 1 chance sur 1.000 peut n'être pas négligeable : pour jouer ce jeu il est prudent d'avoir 10 francs. En définitive, le risque maximum est une perte de 10 fr. tandis que le risque le plus probable est celui d'une partie nulle.

En supposant que le joueur perde, on peut se demander quelle est la valeur de la perte qui a chances égales de ne pas être atteinte ou d'être dépassée.

On définit ainsi le risque probable, c'est-à-dire le risque de probabilité $1/2$. Une valeur entre 0 et 2 francs a plus de chances d'être dépassée que de ne pas être atteinte, par contre c'est l'inverse pour une valeur supérieure à 2 fr. Il n'existe donc pas, dans notre exemple, de perte qui corresponde exactement à la notion de risque probable : cela tient aux discontinuités qui sont la conséquence du

1. $2^{10} = 1.024$.

2. C_P^E avec $E = 1, 2, 3, 4, 5$.

nombre relativement petit des coups dont se compose la partie.

21. — Sans rien modifier aux autres données de notre exemple, supposons qu'au lieu de 10 coups, la partie en comprenne 100. Au lieu de 5 valeurs possibles pour la perte, il y en a 50, et la relation entre la perte et sa probabilité commence à prendre des allures de continuité. En même temps, et par voie de conséquence, la considération individuelle d'une perte déterminée perd de son intérêt. Qu'importe de perdre 48 ou 46 francs? Ce qu'il est logique de se demander, c'est la probabilité d'une perte comprise entre telle ou telle limite, par exemple entre 20 et 30 francs, entre 0 et 20 francs, etc... D'ailleurs la probabilité de telle perte désignée de façon précise est très faible, car la probabilité d'une éventualité déterminée est voisine de zéro quand le nombre des éventualités est très grand. Ainsi, dans un calcul de rente viagère on ne se demande jamais qu'elle est la probabilité d'un décès à tel instant, car cette probabilité est nulle. Ce que l'on considère, c'est la probabilité du décès entre telle et telle époque. De même ici, déjà pour 100 coups, l'élément naturel de l'étude du risque est soit la probabilité pour la perte d'être inférieure à telle valeur donnée, soit la limite supérieure de perte qui a telle probabilité de ne pas être dépassée. Voici par exemple un joueur dont la prudence est définie par le fait qu'il néglige les éventualités ayant moins de 1 chance sur 1.000 de se produire. Quelle somme doit-il posséder pour ne pas craindre la ruine? Nous avons vu que pour une partie de 10 coups il lui faut 10 francs. Pour une partie de 100 coups cette même probabilité de 1/1000 correspond à un écart d'une quinzaine de coups (1), c'est-à-dire à une différence d'une trentaine de francs.

Voici donc un résultat remarquable : à prudence égale, tandis que pour jouer 10 coups, il faut, *a priori*, avoir

1. La règle approchée de M. Borel donne 17.

presque 10 francs, au contraire, pour jouer 100 coups il suffit d'avoir un peu plus de 30 francs.

Le maximum pratique du risque n'est donc pour 100 coups que 30 francs, c'est-à-dire le tiers du maximum théorique qui est 100 francs, tandis que pour une partie en 10 coups, ces deux maxima étaient presque confondus. Nous constatons ainsi un fait capital. Observons son développement quand le nombre des parties augmente encore. Supposons successivement 1.000, 100.000, puis 1.000.000 de coups, et demandons-nous dans ces 3 cas, quel serait, pour un joueur de même prudence, l'avoir nécessaire pour entreprendre la partie. Nous trouvons immédiatement (1) en chiffres ronds : 100, 1.000, 3.000 fr. ce qui signifie que le risque maximum pratique (2) est respectivement le $1/10$, le $1/100$, le $1/300$ du risque maximum théorique.

Ainsi, tandis que pour faire une partie de pile ou face en 10 coups à 1 franc, il est prudent de se munir de 10 francs, par contre, avec quelques centaines de francs, on peut espérer jouer ce jeu sa vie durant. Mais il faut bien se garder de dire que les risques diminuent quand le jeu se prolonge : les risques, toutes choses égales d'ailleurs, ne font qu'augmenter ; ce qui diminue très rapidement, c'est le rapport du risque de probabilité donnée au nombre des épreuves. Comment pourrait-on, du reste, risquer moins en 1.000 coups qu'en 100 coups, alors que pour jouer 1.000 fois il faut évidemment avoir d'abord joué 100 fois !

22. — Toutefois, bien que les risques croissent avec le nombre des épreuves, nous constatons qu'ils ne croissent

1. En effet, l'unité décimale d'écart est ici la racine carrée du nombre des coups, soit 32, 320, 1.000. Donc la perte qui a une chance sur mille d'être dépassée est égale, en francs, à chacun de ces nombres, multiplié par le double de la racine carrée de 3.

2. C'est-à-dire le risque que l'on peut craindre, au plus, en négligeant les éventualités qui n'ont qu'une chance sur 1.000 de se produire. Il faut bien remarquer que le calcul d'un risque maximum suppose d'abord une définition de la certitude morale. Ici elle est $999/1000$; c'est une donnée qui caractérise la prudence du joueur.

que lentement (1). C'est cette lenteur qui permet le fonctionnement des assurances. Il y a fort peu de choses à faire pour passer de l'exemple précédent à la description schématique du mécanisme de l'assurance : il suffit de remplacer le pari à enjeux égaux sur chances égales, par un pari sur chances très inégales. Supposons par exemple un pari sur un événement qui a 99 chances sur 100 de ne pas se produire ; s'il se produit le parieur qui a perdu paye 1 franc, s'il ne se produit pas, c'est l'autre parieur qui a perdu mais il ne paye qu'un centime. Si le pari se répète dans les mêmes conditions 1.000, 100.000, 1.000.000 de fois, la perte du premier parieur a 999 chances sur 1.000 de ne pas dépasser 10 francs, 100 francs, 300 francs (2).

On peut dire qu'il risque, au maximum, ces sommes, en négligeant les éventualités qui n'ont que 1 chance sur 1.000 de se réaliser. Il est à peine besoin de dire que rien ne serait changé si au lieu d'un joueur répétant un certain nombre de fois le même pari, il s'agissait d'un joueur tenant à la fois des paris différents avec diverses personnes, pourvu que ces paris soient indépendants et portent sur des événements de même probabilité. Ainsi l'exemple du pari répété 100.000 fois peut se présenter de la manière suivante : 100.000 personnes versent 1 centime dans la caisse d'un assureur ; si tel événement qui a 1 chance sur 100 de se produire arrive, l'assuré correspondant reçoit 1 fr. ; dans le cas contraire, il abandonne le centime versé. L'assureur risque de perdre 100 francs au maximum, en ce sens que l'éventualité d'une perte dépassant 100 francs a moins de 1 chance sur 1.000 de se produire ; il a autant de chances de gagner que de perdre (3), et, s'il perd, il a autant de chances de perdre moins de 20 francs (4) que de perdre plus de 20 francs.

1 Proportionnellement à la racine carrée du nombre des épreuves.

2.. Ce sont les chiffres déjà trouvés, avec un zéro de moins. Ici l'unité décimale d'écart est cinq fois plus petite et le gain par point d'écart 1 franc au lieu de 2 francs. En définitive le résultat est donc divisé par 10.

3. Parce que le jeu est supposé équitable. En fait ce n'est pas le cas.

4. Vingt francs, risque probable.

Mais, ce que l'assureur désire, c'est ne pas perdre du tout, et même gagner sûrement. C'est pourquoi il voudra être couvert d'avance des 100 francs qu'il risque de perdre : ces 100 francs répartis entre 100.000 personnes correspondent à $\frac{1}{10}$ de centime par assuré. Si ceux-ci versent, en plus de leur prime de 1 centime un chargement de $\frac{1}{10}$ de centime, l'assureur aura 999 chances sur 1.000 de ne rien perdre. En fait les compagnies d'assurances partent d'une probabilité bien plus voisine de la certitude, et chargent de manière à se donner un bénéfice certain. Le jeu que joue l'assureur n'est donc pas équitable et l'assuré est mathématiquement dupe. Mais ce dernier a consenti ce sacrifice pour échapper aux graves conséquences qu'aurait pour lui le sinistre qu'il redoute : aussi le contrat est-il réputé une bonne affaire pour les deux parties. On voit ainsi avec quelle facilité apparaît le mécanisme essentiel de l'assurance dès qu'on l'assimile au contrat élémentaire qui en est la substance : le pari répété. Pour assimiler ce pari à un coup de pile ou face, il faut que les sinistres soient comparables entre eux, comme le sont des coups répétés à pile ou face, et il faut ensuite que la probabilité du sinistre soit connue ; ces deux conditions sont assurées par l'établissement de statistiques.

Enfin, pour servir de base aux calculs et déterminer soit le risque maximum soit le bénéfice minimum, il faut avant tout se donner *a priori* une définition de la certitude, par exemple 0,999 (1).

23. — Un contrat aléatoire est, au fond, un achat, une vente, ou un échange de risques. La pratique de contrats aléatoires répétés, constitue un commerce de risques : tel est le cas de l'assurance envisagée du côté de l'assureur. Grâce à la loi des grands nombres ce commerce de risques est précisément organisé de manière à n'en présenter aucun, car nous avons montré que le prix du risque peut être cal-

1. Richard et Petit, *Théorie mathématique des assurances*, prennent, p. 13 : 0,999·999·999.

culé de façon à procurer un bénéfice certain, beaucoup plus certain même que dans les entreprises qui portent sur des marchandises ordinaires. Dès lors le risque présente, pour le client, une valeur objective égale à la somme d'argent qu'il devra payer pour s'en débarrasser. S'il s'agit, au contraire, d'un contrat aléatoire isolé, la valeur du risque est beaucoup plus subjective. Pourtant, même dans ce cas, l'étude que nous venons de faire n'est pas inutile, car elle permet de grouper systématiquement les éléments d'indétermination de cette valeur. Elle conduit par analogie à les rattacher à trois chefs, savoir :

1° La prudence individuelle de celui qui accepte le risque, c'est-à-dire la valeur de la probabilité des éventualités qu'il néglige *a priori* ;

2° Son appréciation de la probabilité de l'aléa dont dépend le risque en cause ;

3° Son intérêt personnel eu égard aux circonstances extérieures au contrat.

Plus simplement on peut les énoncer ainsi : son tempérament, son expérience, sa situation. La notion technique de risque permet donc d'analyser la notion vulgaire beaucoup mieux qu'on ne le fait ordinairement. Souvent les probabilités qui interviennent dans cette analyse pourront être données de façon précise, soit par le calcul s'il s'agit d'un jeu, soit par la statistique s'il s'agit d'un contrat de rente viagère, et il s'ensuivra que, même pour un risque isolé, la considération d'éléments techniques fournira des renseignements précieux pour en estimer la valeur.

24. — A titre d'application voyons ce que deviennent les trois éléments subjectifs que nous venons de distinguer, dans le cas particulier d'un contrat d'assurances envisagé au point de vue de l'assureur. On voit immédiatement qu'ils disparaissent tous les trois en tant qu'éléments subjectifs. La prudence de l'assureur est pratiquement infinie, puisqu'il ne néglige en général que les probabilités inférieures au milliardième. La probabilité du sinistre lui est

donnée par des tables statistiques. Le calcul le renseigne sur la valeur de la prime à exiger. Cette absence d'éléments subjectifs fait dire parfois que le contrat d'assurances n'est pas aléatoire du côté de l'assureur. En somme celui-ci n'envisage en contractant qu'un résultat d'ensemble qui, pratiquement, ne peut être qu'un bénéfice certain.

Remarquons en outre que la notion de risque présente un caractère relatif. Sa définition suppose non seulement celle du sinistre mais celle du domaine dans lequel on considère ses effets. Supposons, pour fixer les idées, qu'il s'agisse d'un incendie et voyons les effets du côté de l'assuré. Dans le domaine contractuel cet incendie est, pour lui, un événement favorable. C'est le contraire, dans le domaine extra-contractuel. Dans l'ensemble, l'effet naturel de l'incendie est compensé par son effet artificiel : on peut dire, sous ce rapport, que l'assuré ne risque plus rien. Et effectivement on a prétendu que le contrat d'assurance n'est pas aléatoire du côté de l'assuré. Ces controverses se rattachent évidemment à la définition du contrat aléatoire. Nous y reviendrons. Bornons-nous à remarquer que lorsqu'une éventualité produit différents effets la notion de risque n'a de précision que si l'on a eu soin d'indiquer relativement à quels effets on la considère (1). En d'autres termes si l'on conçoit le risque, comme nous l'avons fait, sous l'aspect d'un rapport entre une perte ou un besoin et la probabilité de l'éventualité qui en est l'origine, le caractère relatif inhérent à la notion de perte ou de besoin se retrouve dans celle de risque.

1. Ex : Distinction entre le risque de la chose et le risque du contrat (M. Capitant, *La cause*, n° 132).

CHAPITRE III.

LES CONTRATS ALÉATOIRES COLLECTIFS.

Loteries, jeux, martingales, assurances, autres contrats.

25. — Nous venons de dire que la spéculation aléatoire est un commerce de risques : on a exprimé la même idée en disant qu'elle est le produit de nos espérances et de nos craintes. La crainte est l'effet moral d'un risque de perte, et l'espérance l'effet moral d'un risque de gain. Cette dernière expression choque un peu les habitudes du langage usuel car on dit plutôt une *chance* de gain.

Ces distinctions de mots d'après le sens des effets sont courantes. Beaucoup de notions réputées contraires sont identiques et leur différence ne tient qu'au signe ou au point de vue ; telles sont celles de perte et de gain, de créancier et de débiteur, de créance et d'obligation, de crainte et d'espoir, etc. Cette conception est surtout intéressante pour les grandeurs qui paraissent pouvoir se prêter, comme les nombres, à des additions ou soustractions donnant des résultats de même nature que leurs termes. C'est le cas de la perte et du gain quand l'unité de mesure est choisie : le franc par exemple. Il y a plus de difficultés pour la crainte et l'espoir parce que ces notions contiennent des éléments d'ordre moral. A probabilités égales l'espoir de gagner 100 francs ne fait pas nécessairement équilibre à la crainte de perdre la même somme. Ainsi certains joueurs ont beaucoup plus de joie quand ils gagnent que de regrets quand ils perdent ; pour d'autres, c'est le contraire.

Il n'en est pas moins vrai que la notion de crainte et celle d'espoir procèdent directement de celle de risque généralisée par l'adjonction d'un signe. Cette généralisation s'impose, car la compensation des risques résulte d'une balance des pertes et des gains probables. Par suite les éventualités de pertes ou de gains, de besoins ou de surabondances, sont manifestement de même nature. Au point de vue technique ces notions ne sont pas distinctes, aussi nous garderons-nous de les distinguer dans ce qui suit. Nous savons que le risque contient deux éléments fondamentaux : une perte (sens large) et une probabilité. Supposons ces deux éléments connus et demandons-nous comment trouver la valeur en argent du risque. Nous savons déjà que si le risque est isolé ce problème est, en toute rigueur, insoluble et que la connaissance des éléments techniques du risque facilite les estimations sans toutefois les imposer. Ce que nous cherchons ici c'est une solution approchée. Prenons un exemple : que vaut 1 chance sur 2 de gagner 100 francs ? Elle vaut plus que 0 et moins que 100. La valeur de ce risque ne peut qu'augmenter si l'un ou l'autre de ses deux éléments augmente, diminuer si l'un ou l'autre diminue, s'annuler si l'un ou l'autre s'annule. Si donc nous nous proposons de remplacer les deux éléments numériques du risque (grandeur et probabilité) par un nombre unique qui les résume, la formule la plus simple consistera à faire leur produit et à dire ainsi, par convention, que 1 chance sur 2 de gagner 100 francs vaut en définitive 50 francs. On appelle ce produit *espérance mathématique* s'il s'agit d'un gain espéré, et quelquefois *risque mathématique* s'il s'agit d'une perte redoutée. Il vaut mieux dire espérance mathématique dans les deux cas : elle sera positive dans le premier et négative dans le second. Cette terminologie évitera les confusions et empêchera d'oublier que la notion de risque est beaucoup plus complexe que celle d'espérance mathématique. La notion de risque évoque en effet non seulement l'idée de mesure d'un péril ou d'un avantage, mais encore l'idée d'une rela-

tion plus ou moins continue entre les diverses éventualités possibles et leurs probabilités. Grâce à la loi des grands nombres, la notion d'espérance mathématique représente très fidèlement la réalité s'il s'agit d'un aléa fréquemment répété ; mais s'il s'agit, au contraire, d'un aléa isolé, ce produit n'a, comme chacun de ses facteurs, que la valeur d'un renseignement, c'est-à-dire d'un élément de décision. Bien entendu, la donnée de ce produit ne vaut pas, à ce point de vue, celle de chacun de ses facteurs séparément. Un exemple très simple va le montrer. Une chance sur 1 million de gagner 1 million constitue une espérance mathématique de 1 franc, et il en est de même d'une chance sur 10 de gagner 10 francs. Le choix étant supposé offert entre ces deux chances, certains préféreront nettement la première et d'autres nettement la seconde, alors qu'aucun motif de préférence n'existerait si l'espérance mathématique était la seule donnée connue. La représentation d'un aléa par un seul nombre est donc, comme il fallait s'y attendre, moins parfaite que par deux.

26. — Une application immédiate de la notion d'espérance mathématique se trouve dans le contrat de loterie. Voici une personne qui veut vendre 1.000 francs un objet (1) qu'on trouve partout, dans le commerce, pour 900 francs. Elle place 100 billets à 10 francs et tire au sort le gagnant de l'objet ; c'est là un exemple très simple de loterie.

Chaque preneur de billet achète 10 francs une espérance mathématique de 9 francs : 99 d'entre eux font une mauvaise affaire et le centième en fait une excellente. Quant à l'organisateur de la loterie, il réalise un bénéfice de 100 francs à tout événement. Si l'on se représente l'opération conclue entre l'entrepreneur et l'ensemble des preneurs de billets, il s'agit tout simplement de la vente au prix de 1.000 francs d'un objet qui n'en vaut que 900. Il n'y a pas, à ce point de vue, le moindre aléa, et même le mécanisme de la formation du bénéfice de 100 francs ne

1. Comme cas particulier, cet objet peut être de l'argent.

fait nullement appel au calcul des probabilités. La technique de la loterie est donc, au fond, rudimentaire. Certaines personnes aiment mieux payer 10 francs une espérance de 9 francs que d'acheter pour 900 francs l'objet qu'elles désirent. L'organisateur de la loterie exploite cette circonstance, en sorte que la loterie n'est pas autre chose qu'une vente (1) dans laquelle l'aléa joue le rôle de moyen de réclame. Le droit positif interdit en principe la loterie, par suite ce contrat est traité *a priori* comme dolosif. Une telle défaveur est peut être excessive et il semble que des distinctions pourraient être faites, analogues à celles qui séparent le *dolus bonus* et le *dolus malus*.

Quant à l'aléa que peut subir l'entrepreneur en ne vendant pas ses billets, il est de la nature de celui qui est attaché à tout laissé pour compte : il n'est nullement un élément du contrat de loterie. Que tous les billets soient placés ou non, le tirage au sort laisse l'entrepreneur de la loterie indifférent : si les billets qu'il n'a pas pu vendre participent au tirage, ce n'est pas en qualité d'entrepreneur de loterie qu'il est intéressé au sort, mais bien en qualité de porteur de billets.

En résumé, la loterie nous semble se distinguer des autres contrats aléatoires collectifs, par le caractère rudimentaire de son mécanisme technique : le calcul des probabilités n'y a aucune part. L'aléa n'y intervient qu'accessoirement, en ce sens qu'une fois les billets placés, les événements futurs sont sans aucun intérêt pour l'entreprise.

27. — Tel paraît être, au point de vue technique, le trait caractéristique de ce contrat, et, par là même, le criterium le plus net qu'on puisse trouver pour distinguer la loterie et le jeu. Nous entendons ici, bien entendu, le jeu collectif offert par un tenancier à une clientèle, tels la roulette, les petits chevaux, et autres de pur hasard.

Dans ces jeux le bénéfice du tenancier résulte de l'application du calcul des probabilités et plus particulièrement

1. Ou un prêt.

de la loi des grands nombres. Ils sont matériellement organisés pour donner à chaque coup une espérance plus forte au croupier qu'au joueur, ce que l'on exprime quelquefois en disant que l'espérance totale est positive pour le croupier et négative pour le joueur. Il en résulte que pour un grand nombre de coups, l'écart relatif tendant vers zéro, l'établissement est quasi-certain de réaliser un bénéfice voisin de la somme de ses espérances. Nous voyons combien ce mécanisme, basé sur le calcul des probabilités, est différent de celui de la loterie. Il y a entre l'un et l'autre toute la différence théorique qui sépare la certitude de la quasi-certitude. Le bénéfice du tenancier est pratiquement aussi bien assuré dans l'un et l'autre cas, mais il n'en reste pas moins vrai qu'on distingue au premier coup d'œil la certitude logique et la quasi-certitude. Malgré la similitude de leurs effets il y a entre elles une différence de nature qui ne permet pas de s'y tromper et cette circonstance donne une grande commodité au critérium proposé pour la distinction du jeu et de la loterie.

28. — Tout contrat aléatoire collectif comporte, au point de vue technique, deux éléments fondamentaux : d'une part le rapport entre l'entrepreneur et l'ensemble de la clientèle, et d'autre part l'ensemble des rapports entre les clients. Ainsi l'appréciation d'un tel contrat comporte deux faces distinctes que nous pourrions appeler le point de vue entreprise et le point de vue mutualité. L'entreprise peut être du type loterie (exemples : loteries, contrats de capitalisation, tontines, jeux avec cagnotte, boules de neige) ou du type jeu (exemples : roulettes, assurances, certaines loteries foraines offertes de manière continue aux passants). Il va de soi que l'entreprise peut aussi ne pas exister (exemples : jeux de société, tontines privées, associations formées plus ou moins aléatoires, secours mutuels, etc). Quant à la mutualité, elle peut être ouverte o mme dans les assurances et les jeux, fermée comme dans

les tontines et les loteries, symétrique lorsque tous les membres jouissent des mêmes avantages, dissymétrique dans le cas contraire, par exemple dans les contrats de prévoyance et de boule de neige où les premiers arrivants escroquent les autres.

29. — M. Hémard, dans son cours de 1921-1922, a étudié les multiples contrats aléatoires collectifs auxquels nous venons de faire allusion et nous extrayons de ce cours les lignes suivantes :

« Avec le contrat de capitalisation nous abordons une
 « série de contrats très pratiques, jamais étudiés, qui
 « paraissent tenir à la fois du jeu, de la loterie, de la
 « rente viagère et de l'assurance ; autrement dit qui
 « paraissent se rattacher un peu à tous les contrats aléa-
 « toires. Nous serons parfois obligés, en raison de cette res-
 « semblance avec tant de contrats, de supposer connue la
 « notion d'assurance. Après le contrat de capitalisation
 « nous étudierons le contrat d'épargne, le contrat dit de
 « prévoyance, la tontine, et il est nécessaire de les nom-
 « mer et de les grouper, car dans la pensée du législateur,
 « ces opérations forment un tel ensemble que si une nou-
 « velle opération pratique se révèle, elle doit forcément
 « rentrer dans l'un ou l'autre de ces contrats. Il y a, par
 « conséquent, dans la pensée du législateur toute une
 « gamme de contrats entre lesquels il faut choisir si un
 « contrat nouveau apparaît. Un contrat nouveau venant à
 « se révéler doit nécessairement entrer dans le cadre tracé
 « et s'adapter par conséquent à un de ses termes. Ce
 « contrat, on ne pourrait pas lui donner une place ailleurs,
 « et il faut nécessairement dans les différentes opérations
 « pour lesquelles nous aurons des doutes, les faire entrer
 « soit dans les contrats de capitalisation, soit dans les
 « contrats d'épargne, à moins qu'on y voie une véritable
 « assurance. »

30. — Ce passage du cours de M. Hemard, en dépei-

gnant l'aspect général du droit en cette matière, suffit, semble-t-il, à en faire la critique. On peut la résumer en un mot : il n'y a peut-être pas dans tout le domaine du droit de matière où la synthèse soit plus indiquée, et il n'y en a pas non plus où la législation soit plus morcelée. Dans cette matière toute moderne, la nécessité de faire entrer un contrat nouveau dans un cadre nommé fait songer aux errements du plus vieux droit romain, avec cette circonstance aggravante que les catégories elles-mêmes sont très difficiles à distinguer. Chacune d'elles a des points communs avec les autres, et dans la classification logique que nous avons indiquée plus haut nous les avons vu se mélanger à loisir.

De plus elles peuvent évidemment être combinées dans un même contrat. Et pourtant il faudra nécessairement classer ce contrat dans l'une d'elles, car la loterie est régie par la loi du 21 mai 1836, la capitalisation par celle du 19 décembre 1907, l'épargne par celle du 3 juillet 1913, la prévoyance par celle du 3 février 1902, la tontine par celle du 17 mars 1905 ; l'assurance sera réglementée par une loi qui n'existe pas encore.

On ne peut guère contester que cette situation soit défectueuse.

31. — Il semble qu'il ne serait pas difficile de réglementer d'une manière générale les contrats aléatoires collectifs en se fondant tout d'abord sur des bases purement techniques. Les premières conditions à réaliser sont en effet les deux suivantes : 1° égalité des avantages et des charges entre les membres de la mutualité ; 2° limitation des bénéfices pour l'entreprise. Pour donner, après étude technique, les formules de limitation nécessaires, ou les combinaisons prohibées, il ne serait nullement besoin de nommer les contrats. Il suffirait de distinguer un très petit nombre de cas, par exemple ; mutualité ouverte ou fermée, entreprise type loterie ou type jeu. Ces règles étant posées comme constituant le droit commun, il faudrait

évidemment accorder quelques faveurs aux assurances à raison de leur utilité sociale, ce qui conduirait à définir restrictivement ce qu'est une assurance.

C'est ce que nous allons faire maintenant et nous y trouverons l'occasion de montrer que les considérations techniques, bien que capables de fournir une charpente très solide pour la réglementation logique des contrats aléatoires, ne suffisent pas à la définir complètement. Il est en effet impossible, au point de vue du droit, de traiter de la même façon le jeu et l'assurance. Le jeu crée artificiellement des aléas, l'assurance éteint en les compensant des aléas qui existent naturellement. Au point de vue juridique, l'assurance s'oppose complètement au jeu. Au point de vue technique, il y a identité complète du mécanisme de ces deux contrats collectifs.

32. — Nous avons vu, au chapitre précédent, à propos du risque, le principe du fonctionnement de l'assurance envisagée comme un ensemble de paris identiques répétés. Rappelons seulement que la relation entre l'assureur et l'assuré s'analyse en un pari très dissymétrique ; l'assureur parie gros sur une chance faible et l'assuré au contraire parie peu sur une chance forte.

Au jeu, ce mode de procéder caractérise la martingale. On appelle martingale une règle de conduite au jeu, basée sur le calcul et qui a la prétention de favoriser le gain. Ces combinaisons ne constituent évidemment pas une source d'espérance positive capable de paralyser plus ou moins l'influence inévitable du zéro, mais elles réduisent le gain au profit de sa probabilité. Elles donnent un gain modéré et très probable en échange d'une perte très peu probable, mais très forte. Le joueur de martingale gagne lentement mais presque sûrement, parce que, s'il perd il perdra très gros. Comme cette perte est peu probable le joueur a l'illusion qu'elle ne se produira pas. Optimiste, il la néglige jusqu'au jour où brutalement elle surgit. Une profonde analogie apparaît aussitôt entre la martingale et

le contrat d'assurance. Le croupier est l'assuré, le joueur est l'assureur, la prime est le gain modéré que donne régulièrement la réussite de la martingale, le sinistre est l'échec de la martingale et l'écroulement qui s'ensuit.

La prime est faible et répétée ; le sinistre est redoutable, mais rare. Dans cette assurance assez inattendue, l'assureur résilie quand il lui plaît : le problème est, pour lui, de résilier avant le sinistre. Jouer la martingale c'est, en un mot, assurer le croupier. Martingales et assurances sont au point de vue interne de même nature, elles consistent en un pari très dissymétrique : un fort enjeu sur la chance faible, et un faible enjeu sur la chance forte.

De même que la notion d'assurance éclaire la notion de martingale, de même, inversement, la notion de martingale peut éclairer celle d'assurance.

Quand on cherche à définir le contrat d'assurance, on confond parfois le rapport entre l'assureur et l'assuré et celui entre l'assureur et l'ensemble des assurés. La différence résulte nettement de ce qui précède. Dans le premier rapport, l'assureur tient le rôle du joueur ; il tient celui du croupier dans le second.

Dans le premier il a la situation périlleuse d'un joueur de martingales, dans le second, au contraire, il tient la place confortable du croupier, solidement appuyé du zéro, qui prend, pour la circonstance le nom respectable de chargement. Et de ce double rôle, résulte la double sécurité qui est le but du contrat,

33. — Si on laisse de côté la considération de ce but on voit par la comparaison qui précède que le jeu et l'assurance sont techniquement de même nature. Toute notion qui intervient pour l'un a son équivalent chez l'autre ; ainsi au principe de division des risques correspond la notion de plein pour l'assurance et la notion équivalente de limitation des mises pour le jeu. Pourtant on peut signaler pour mémoire, une petite différence technique : les probabilités qui interviennent dans le jeu sont entière-

ment calculables, celles qui interviennent dans l'assurance, sont basées sur des observations statistiques. S'il s'agit d'un phénomène très bien étudié, comme la mortalité, cette différence est insignifiante, mais il n'en serait pas de même s'il s'agissait de risques à statistiques incertaines : il y aurait dans ce cas une raison technique pour permettre à l'assureur de charger ses primes plus largement. Ce cas particulier mis à part, nous pouvons conclure qu'il est impossible de distinguer l'assurance du jeu par le moyen d'un critérium purement technique. Il faut pour cela un élément juridique : le but du contrat. Pour définir de manière précise l'assurance il faut donc dire qu'elle est un contrat aléatoire collectif dont la nature technique est celle du jeu, mais qui, contrairement au jeu, a pour but de créer la sécurité en établissant une compensation de risques.

34. — En résumé les contrats aléatoires collectifs ont la particularité d'être des contrats savants. En tant que contrats, ils relèvent des sciences juridiques mais leur mécanisme intime fait appel aux sciences exactes. Le véritable caractère de ces contrats ne peut pas apparaître par la seule considération du lien de droit qui unit deux contractants. Il faut envisager l'opération dans son ensemble. Ainsi paraît se poser un problème nouveau : la combinaison du point de vue technique et du point de vue juridique en matière aléatoire.

Dans cette première partie de notre étude nous avons insisté sur le point de vue technique et nous croyons avoir montré qu'une réglementation rationnelle des contrats aléatoires collectifs ne peut être établie que sur des bases techniques. Cette conclusion ne peut d'ailleurs être sérieusement contestée, et le caractère empirique de la législation actuelle provient de ce que ce genre de contrats ne s'est développé qu'à une époque relativement récente. De plus la doctrine semble les avoir négligés. Mais nous voudrions aller plus loin, et soutenir que, même dans le

cas des contrats aléatoires isolés, la notion juridique d'aléa s'appuierait avec avantage sur la notion technique. La probabilité de l'aléa n'a plus ici cette incontestable valeur objective que lui donne ailleurs la loi des grands nombres. Mais elle conserve néanmoins la valeur d'un renseignement sérieux, d'un élément de décision. Pourquoi le droit repousserait-il son aide?

On peut répondre que souvent elle n'est pas connue, ou qu'elle l'est si vaguement que sa précision par un chiffre ne serait qu'illusoire. Ce n'est pas toujours vrai ; par exemple, pour un contrat de rente viagère, on dispose de tables précises. Dans d'autres cas des recherches rapides pourraient sinon la déterminer au moins la placer entre certaines limites.

La véritable difficulté est que nous nous heurtons ici à une longue tradition. La notion juridique d'aléa s'est établie indépendamment de toute considération technique, et elle s'en est passée jusqu'ici. Elle n'est pas le résultat d'une construction théorique ; elle est restée la notion vulgaire ; le droit s'est borné à indiquer sous quelles réserves il en tiendrait compte, et, dans ce cas, quels effets il lui reconnaîtrait. Il en est résulté notamment cette étrange subdivision des contrats en commutatifs et aléatoires. C'est à l'examen de cette notion juridique de l'aléa que sera consacrée tout entière la deuxième partie de notre étude. Nous verrons qu'en cherchant de la précision dans cette matière on tombe presque aussitôt dans les subtilités.

Ce sera peut-être la meilleure démonstration qu'on puisse donner de la faiblesse de cette notion qui offrira ainsi le plus grand contraste avec la notion technique si maniable et si féconde. Nous aurons alors toute facilité pour conclure à l'opportunité d'introduire de plus en plus le point de vue technique dans la législation, la jurisprudence et la doctrine.

DEUXIÈME PARTIE.

LA NOTION JURIDIQUE DE L'ALÉA DANS LES CONTRATS.

CHAPITRE PREMIER.

L'ALÉA ET LA VALIDITÉ DU CONSENTEMENT.

Le défaut d'aléa. — L'aléa et le dol. —
Le rôle des motifs.

SECTION I. — LE DÉFAUT D'ALÉA.

§ 1. — *Exemples de nullités.*

35. — Le consentement est un accord très complexe de volontés. Ainsi, entre deux parties, on ne peut guère en distinguer moins de quatre : celles de devenir respectivement débiteur et créancier dans chacune des obligations à naître. Le consentement est donc une propriété d'un ensemble de volontés, une sorte de coïncidence d'une nature spéciale. Légalement formé, il provoque une immobilisation des volontés qui ont été en jeu. Ces dernières perdent leur caractère ambulatorio : leur ensemble devient une loi entre les parties. Cela suppose d'abord le concours des volontés, c'est-à-dire l'exactitude de la coïncidence. Cela exige ensuite que les volontés en jeu ne soient pas viciées.

Supposons la première condition remplie, mais imaginons que les volontés concourantes aient envisagé un aléa de telle manière que la considération de la chance à cou-

rir fasse essentiellement partie intégrante de l'accord. Il peut arriver que la seule présence de cet aléa ne suffise pas à lier un consentement efficace : nous retrouverons ce cas dans la troisième section, écartons-le ici. Qu'advient-il si l'aléa, capable par hypothèse de lier un consentement valable, n'existe pas en réalité ou n'est pas de nature à se produire ? Il y a évidemment erreur. Mais cette erreur étant commune, il ne saurait être question de nullité relative : le consentement est, en droit, inexistant.

Aussi trouve-t-on dans les recueils bon nombre de décisions qui prononcent la nullité de contrats pour défaut d'aléa. M. Capitant cite en note (1), page 208 de son ouvrage sur la cause, une douzaine d'espèces ayant trait à des contrats de révélation de successions, et, page 207, également en note (2), d'autres espèces en matière de réassurance et en matière d'émission de titres par l'entremise d'un syndicat.

36. — L'espèce visée par l'article 1974 du Code civil est un cas très net de défaut d'aléa : « Tout contrat de « rentre viagère créé sur la tête d'une personne qui était « morte au jour du contrat ne produit aucun effet ». Cet article paraît inutile, car les principes généraux du droit auraient suffi à dicter cette solution. Le consentement se rapporte en effet à la vie d'une certaine personne et non aux croyances des parties à cet égard. Remarquons que ce même contrat pourrait au contraire recevoir quelque effet si les circonstances extérieures permettaient de l'interpréter comme étant un pari. Notons dès maintenant cette particularité remarquable des contrats aléatoires : l'influence

1. Capitant, *La cause*, page 208, notes : Paris, 25 novembre 1854 et Req. 18 avril 1855, S. 55.1.527 ; Dijon, 21 juillet 1880, D. P. 82.2.115, S. 81.2.85 ; Paris, 28 juillet 1879, S. 80.2.262 ; Bordeaux, 18 juillet 1898, D. P. 99.2.95, S. 99.2.235 ; Rouen, 15 mai 1909, S. 09.2.207, D. P. 10.2.167 ; Paris, 31 décembre 1918, *Gaz. des Trib.* 10 août 1919.

2. *Idem*, p. 207 : Civ. 19 novembre 1889, D. P. 90.1.293, S. 91.1.507 ; Paris, 3 mars 1898, Civ. 11 décembre 1900, D. P. 01.1.257, S. 04.1.262.

exceptionnelle des éléments externes sur la valeur juridique de ces contrats. Nous insisterons plus loin sur ce trait important que nous avons déjà rencontré dans notre première partie, à propos de la distinction entre l'assurance et le jeu.

On rapproche souvent l'article 1973 du précédent : il a pourtant un autre caractère. Le contrat est sans valeur lorsque la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. Dans ce cas il est incontestable que l'aléa existe : tant que dure la vie, l'espoir peut subsister. La loi présume ici le contraire, et cela *a posteriori*, et au bout de vingt jours. Elle a tenu à couper court à des marchés dolosifs et choquants : l'aléa est réputé inexistant dans l'intérêt de l'ordre et des mœurs. Il y a donc nullité absolue. Peu importe que l'on présente l'explication en la rattachant à l'imperfection du consentement ou à un défaut de qualité substantielle de l'objet : ce sont deux manières différentes de dire la même chose. L'erreur n'est-elle pas en effet classée parmi les vices du consentement, bien qu'elle porte sur l'objet ? Tandis que l'article 1974 est une application banale des principes généraux du droit en matière de formation du consentement, l'article 1973 est au contraire une mesure arbitraire de réglementation. C'est à ce titre que la nullité est absolue, et l'article d'interprétation stricte.

§ 2. — *Aléas essentiels et accessoires.*

37. — Nous avons supposé, dans ce qui précède, que l'aléa, inexistant ou prohibé, avait joué un rôle essentiel dans la formation de l'accord ; il peut en avoir été autrement. Le défaut d'aléa aurait alors pour effet de supprimer le caractère aléatoire de la convention, sans la faire tomber pour cela en entier.

On peut dire alors que le consentement est, dans ce cas particulier, décomposable en deux parties : l'une, princi-

pale, constitue une convention ordinaire, l'autre, accessoire, contient seule l'aléa et peut tomber sans entraîner l'autre dans sa chute. On peut aussi, si l'on préfère ce langage, dire que l'aléa est une qualité non substantielle de l'objet.

Ajoutons enfin qu'un aléa qui ne serait pas sérieux pourrait être assimilé à un aléa inexistant, et résumons, sur un exemple, les distinctions qui précèdent.

Supposons la vente d'un immeuble consentie moyennant une rente viagère inférieure aux revenus normaux. L'aléa n'est pas sérieux : il sera réputé inexistant. Si les circonstances du fait montrent que cet aléa jouait un rôle essentiel dans l'accord, la nullité de la vente s'impose. Dans le cas contraire, qui est le plus probable, les effets du contrat seront seuls affectés. Voyons-en les conséquences.

38. — L'article 1978 du Code civil, d'après lequel le seul défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère n'autorise point le crédi-rentier à demander la résolution du contrat est inapplicable au cas où ce contrat n'expose le débiteur de la rente à aucune chance aléatoire de perte : tel est précisément le cas où les revenus des biens cédés par le créancier sont supérieurs ou même égaux aux annuités de la rente. Par suite, le contrat constitutif d'une pareille rente est susceptible de résolution pour inexécution, comme tous les autres contrats synallagmatiques (1). Il va de soi que la résolution est subordonnée à la preuve de l'inexistence de l'aléa au jour même du contrat. C'est évidemment à cette époque qu'il faut se placer, et non au jour de la demande (2).

En somme, lorsqu'un aléa se présente dans la formation d'un consentement, il faut se demander, en se plaçant au

1. Pandectes Françaises, t. 5, p. 591, n° 132 : Cass., 16 mai 1866, S. 66.1.349. — Troplong, *Contrats aléatoires*, n° 313. — Pont, *Petits contrats*, t. 1, n° 752. — Massé et Vergé, sur *Zachariae*, t. 5, § 749, p. 32, n° 9.

2. Pandectes Françaises, t. 5, p. 591, n° 133 : — Cass., 16 mai 1866, précité. — Duvergier, *Vente*, t. 2, n° 71 ; — Aubry et Rau, t. 3, § 358, p. 295. — Massé et Vergé, sur *Zachariae*, t. 4, § 689, n° 2.

point de vue objectif, s'il existe, s'il est sérieux, s'il n'est pas prohibé, puis, en se plaçant au point de vue subjectif, s'il est essentiel ou accessoire.

Si cet examen conduit à des conclusions favorables, le consentement est formé, au sens ordinaire du mot, et il n'y a plus rien de particulier à en dire. Si ce consentement est, d'autre part, vicié, les règles habituelles et générales s'appliquent. Il peut y avoir violence, erreur, il peut sur-tout, en matière aléatoire, y avoir dol.

Ce dernier vice mérite de retenir l'attention. Nous allons nous en occuper dans la section suivante.

SECTION II. — LA CAPTATION ALÉATOIRE.

§ 1. — *L'aléa et le dol.*

39. — Le dol consiste essentiellement en une tromperie commise dans la conclusion d'un acte juridique (1). Or, rien ne facilite plus la tromperie que le miroitement d'un aléa. La notion d'espérance mathématique n'est pas saisie par la foule. Il en résulte que l'offre d'une chance heureuse, suffit, malgré sa probabilité infime, à constituer un appât irrésistible pour la captation des volontés.

La loterie, au sens large du mot, consiste essentiellement à poursuivre par la voie du hasard la réalisation d'un bénéfice énorme en échange d'un enjeu minime (2). Elle provoque dans le public une sorte de dol collectif. Elle n'est guère immorale, puisque le spéculateur est le plus souvent la victime.

Elle peut même, sous réserve de quelques précautions, ne pas être dangereuse pour l'ordre social. Mais elle est dolosive : l'offre à tout venant d'un aléa n'exploite pas seulement la cupidité ou les mauvais penchants de la foule : elle exploite surtout son ignorance de la valeur d'une probabilité. La loterie dupe le peuple, et toutes les

1. Cf. Planiol, t. II, n° 1060.

2. Cf. P. F., t. 37, p. 859, n° 1.

raisons que l'on a pu donner pour justifier son interdiction ne valent pas celle-là, ou s'y ramènent. C'est bien là, d'ailleurs, l'idée dominante qui se dégage du texte même de l'article 2 de la loi de 1836, qui vise, en propres termes, « toutes opérations offertes au public pour faire naître « l'espérance d'un gain qui serait acquis par le sort (1) ».

La loterie publique est affectée d'une sorte de dol statistique dont chaque victime peut souffrir à peine tout en contribuant à former un profit scandaleux pour l'entrepreneur. La loi intervient alors pour enrayer ce profit et réprimer ce dol. Contrairement aux règles habituelles, elle le présume et le fait sortir du cadre ordinaire des nullités relatives. C'est pourquoi, lorsque le profit est adroitement restreint, on peut soutenir que le fondement de la loi fait défaut, et son application peut souffrir quelques difficultés. C'est le cas très intéressant, et fort délicat, des concours de journaux. Nous allons l'examiner.

§ 2. — *Les concours de journaux.*

40. — Les entreprises de journaux lancent journellement des combinaisons destinées à attirer les abonnés et même les acheteurs au numéro, en les alléchant par l'espoir de gagner un lot important. Elles présentent ces opérations sous les aspects les plus divers (2). En voici un, à titre d'exemple, remarquable par son originalité.

Le grand quotidien auquel nous pensons publiait un feuilleton aux épisodes compliqués, et posait chaque jour à ses

1. Pandectes Françaises, t. 37, p. 862, n° 45. — Rouen, 4 juillet 1845, S. 1846.2.621, P. 1848.2.75. D. P. 1853.2.85. — Cass., 14 janvier 1876, S. 1876.1.433, D. P. 1876.1.185. — Trib. corr. de la Seine, 1877, D. P. 1877.3.110. — Cass., 8 juillet 1882, *ibid.*, 1883.1.156. — Paris, 13 février 1883, *Gaz. Pal.*, 1883.1.450. — Lyon, 7 mai 1884, D. P. 1885.2.271. — Cass., 9 janvier 1885, D. P. 1886.1.183, 9 déc. 1887, *Pand. fr. pér.*, 1888.1.33. — Lyon, 30 juin 1885, *Monit. jud. de Lyon* du 21 juillet 1885. — Marseille, 18 nov. 1891, *Bull. arr. Aix*, 1892.2.12. — Lyon, 24 juillet 1895, *La loi* du 19 déc. 1895. — Trib. corr. Seine, 22 juin 1899, *P. fr. pér.* 1899.2.265. — Lyon, 29 mars 1900, *Monit. jud. de Lyon* du 10 avril 1900.

2. Pandectes Françaises, t. 37, p. 864, n° 68 ; Le Poittevin, *Dict. des parq.*, v° loterie, n° 1.

lecteurs une question dont la réponse était à choisir entre une dizaine de solutions données. Par exemple : la couleur des yeux de tel personnage : noir, bleu clair, etc. — le vin versé à tel endroit : madère, porto, etc. — le temps à telle scène : soleil, brume, etc. A la fin du feuilleton les lecteurs pouvaient envoyer leurs réponses avec les vignettes de chaque numéro, et l'administration, après avoir déterminé pour chaque question la réponse la plus fréquente, constituait ainsi pour l'ensemble des questions une solution idéale et distribuait les primes promises aux lecteurs qui s'en étaient rapprochés le plus.

Il y avait là un système de numération habilement déguisé. Peu important d'ailleurs, dans ce cas comme dans les autres, les propriétés arithmétiques du système adopté et le mode d'action du hasard ; une seule donnée compte pour juger le contrat au point de vue technique : le nombre des concurrents rapporté au nombre des lots. Au point de vue juridique, il serait intéressant d'apprécier, en outre, le nombre des personnes qui n'ont acheté le journal que pour concourir. Ces dernières seules ont pu être victimes d'un dol. On a soutenu que dans certaines conditions, le contrat pouvait être gratuit. Evidemment ce caractère le rendrait inattaquable, mais comment concevoir l'*animus donandi* ? Pour répondre à cette question, jetons un coup d'œil sur les deux aspects contraires de la jurisprudence.

41. — Il a été jugé (1) que constitue une infraction à la loi sur les loteries le fait pour un journal de mettre à la disposition de l'ensemble de ses abonnés, une certaine quantité d'objets destinés à être distribués entre eux par la voie du sort, à l'aide d'une combinaison de numéros (1). La nature de ces objets paraît indifférente. En effet des décisions prohibitives ont été rendues dans les espèces suivantes :

1. Pandectes Françaises, t. 37, p. 864, n° 69 : Trib. corr. Seine, 14 mars 1883, *Gaz. Pal.*, 1883.1.450.

Billets de théâtre pour répétitions de premières (1) (une décision en sens contraire a été réformée) (2) — des sommes d'argent (3) — des tickets à primes (4) — des participations aux tirages d'obligations à lots régulièrement émises (5).

Peu importe d'ailleurs la manière dont intervient le hasard : la prohibition a été appliquée alors même que l'on avait substitué au tirage au sort un calcul prenant pour base des chiffres aléatoires, comme le nombre des exemplaires tirés comparé au nombre des invendus (6), alors même que renonçant au tirage au sort et à tout calcul, le conseil d'administration avait fait appel à la confiance du public et désigné chaque jour le numéro gagnant (7). L'argument qui consisterait à écarter l'application de la loi en soutenant que les bénéficiaires de la prime n'ont rien déboursé pour l'obtenir a été formellement rejeté (8).

42. — En sens contraire : Le tribunal de la Seine (9) a décidé que l'offre et l'envoi par un journal de billets de loterie à ses abonnés, à titre de primes, bien qu'ayant pour but d'encourager le public à prendre un abonnement n'en conserve pas moins son caractère gratuit, malgré ce mobile intéressé, puisque le prix réel de l'abonnement n'est pas augmenté, et que la prime est fournie en plus comme un don gracieux (10). Le tribunal de Lille s'est

1. *Pandectes Françaises*, t. 37., p. 864, n° 72 : Paris, 13 février 1883, D. P. 1884.2.224.

2. *Idem.*, n° 81 : Trib. corr. Seine, 12 décembre 1882. *Gaz. Pal.*, 1883.1.156.

3. *Pandectes Françaises*, t. 37, p. 864, n° 74. — Lyon, 7 mai 1884, D. P. 1885.2.271. — Cass., 9 janv. 1885, D. P. 1886.1.183.

4. *Idem*, n° 77 : Lyon, 11 avril 1892. S. 1892.2.314, D. P. 1892.2.326.

5. *Idem*, n° 70 : Lyon, 24 juillet 1895, *La Loi* du 19 déc. 1895. — *Idem*, n° 73 : Trib. corr. Seine, 18 janvier 1877, D. P. 1877. 3.110.

6. Mêmes références que (3).

7. Mêmes références que (3).

8. Mêmes références que (4).

9. *Pandectes Françaises*, t. 37, p. 865, n° 82. Trib. corr. Seine, 23 janv. 1900. *Pand. Fr. pér.* 1901.2.89.

10. *Pandectes Françaises*, t. 37, p. 865, n° 82. Trib. corr. Seine, 23 janvier 1900.

prononcé dans le même sens en jugeant que l'offre consistait en une chance de gain, sans risque de perte (1). L'acte par lequel une personne offre gratuitement au public des primes ou lots ne constituerait donc qu'une libéralité (2). En application du même principe il a été jugé que ne contrevenait pas à la loi, le journal qui, pour faire de la réclame, fait distribuer gratuitement au public un supplément dont les exemplaires numérotés donnent droit à ceux qui les reçoivent, de participer au tirage d'une tombola, s'il est démontré, par ailleurs, que les porteurs de ces exemplaires n'ont pas à faire la moindre dépense, soit pour les obtenir, soit pour se renseigner sur les résultats du tirage au sort (3).

43. — Ces dernières décisions sont toutes basées sur le caractère gratuit de l'opération, et, à première vue, l'intention libérale est difficile à découvrir. Il est vrai que dans certaines donations, par exemple les donations mutuelles, elle l'est aussi.

Si, en fait, le bénéfice attendu par l'organisateur du concours n'est pas immédiat, s'il a consenti, par exemple, une perte à titre de frais de publicité, en vue d'avantages qui résulteront plus tard de ventes autres que celles des numéros de concours, on peut, en effet, soutenir qu'il n'a pas institué une loterie à proprement parler.

Ainsi, dans l'exemple que nous avons donné plus haut, on peut soutenir que le journal a consenti une perte au profit des lecteurs attentifs du feuilleton, pour les engager à suivre les feuilletons suivants, qui, eux, n'étaient pas primés. S'il en était vraiment ainsi, la libéralité serait incontestable, et l'*animus donandi* serait la volonté de faire un sacrifice au profit de telle catégorie de lecteurs. Le motif, c'est la publicité : il est intéressé, mais licite.

On peut donc prétendre que l'interdiction d'un tel con-

1. *Idem*, n° 83. Trib. correct. Lille, 5 janvier 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.1.194.

2. Même arrêt que (1).

3. Même arrêt que (1).

cours *a priori*, sans examen des circonstances particulières de fait, nécessiterait une disposition législative nouvelle. Une circulaire du 20 novembre 1902 (1), dans ce sens, paraît être restée lettre morte.

Un projet de loi a été déposé ces jours derniers. Une disposition législative ne nous paraît utile qu'à cause des incertitudes manifestées par la jurisprudence. En effet, même en admettant l'*animus donandi* de l'organisateur du concours, il n'en reste pas moins que le public a pu être abusé par l'effet de l'aléa et de son mode de présentation. Or, la loi de 1836 paraît poser un principe qui dépasse le cadre de la définition rigoureuse de la loterie, et reconnaître l'existence d'un vice spécial, sorte de dol statistique qui est présumé et ne peut être couvert que par une autorisation préalable et formelle des pouvoirs publics.

On peut critiquer cette interdiction de principe de la loterie et nous avons vu que le point de vue technique conduirait à préconiser des distinctions. En tous cas on s'explique parfaitement que la jurisprudence donne à cette interdiction une interprétation stricte et que par suite elle l'écarte chaque fois qu'elle estime que les éléments de la loterie ne se trouvent pas rigoureusement réunis. Mais les décisions contradictoires que nous venons de noter sont empreintes d'arbitraire. La question de savoir si tel concours de journaux est ou non une loterie prohibée se juge sur l'appréciation vague du caractère gratuit. Or, il serait possible de juger sur des chiffres : quel est le sacrifice consenti, quelle est l'augmentation probable du tirage, quels sont les frais normaux de publicité ? Voilà les éléments que le juge — ou le législateur — devraient prendre en considération pour distinguer le *dolus bonus* du *dolus malus*. L'arbitraire ne disparaîtrait peut-être pas complètement par l'emploi de ces bases

1. Citée par M. Hémar, à son cours (1921), p. 57 :

« Devrait être considérée par les Parquets, comme loterie, en vue des poursuites à exercer, toute remise de cadeaux aux abonnés ou aux lecteurs d'un journal, soit par voie de tirage au sort, soit par distribution sur la voie ou dans les lieux publics en faisant intervenir le hasard.

techniques, mais il serait réduit parce que les décisions seraient plus sûrement guidées et les espèces particulières plus commodément comparables entre elles.

SECTION III. — LE RÔLE SPÉCIAL DES MOTIFS.

§ 1. — *Les motifs en général.*

44. — Le motif d'un contrat est la raison psychologique qui a poussé une personne à contracter : par exemple la raison d'utilité ou d'agrément qui l'a portée à se défaire d'une chose pour en acquérir une autre (1). Les motifs étant personnels et généralement inconnus de l'autre partie, ne sont ordinairement pas pris en considération pour apprécier la valeur d'un contrat, parce que le consentement ne s'est pas appuyé sur eux et qu'ils se trouvent par suite en dehors du champ contractuel (2).

Mais ceci n'est pas toujours vrai : quelquefois le motif se trouve juste à la limite du champ contractuel, il est alors connu des deux parties, il peut être de même nature dans un groupe déterminé de contrats, et influencer à ce titre sur le caractère juridique de ceux-ci. Le cas est fréquent en matière de contrats aléatoires, et souvent un même aléa, suivant le point de vue sous lequel on le considère, se trouve être soit un motif, soit un élément interne du consentement. Développons cette idée en prenant pour exemple le contrat d'assurance.

Le sinistre, envisagé dans ses effets éventuels sur le patrimoine de l'assuré est évidemment le motif qui a déterminé celui-ci à s'adresser à une compagnie d'assurances pour préparer le contrat.

Ce même sinistre, envisagé comme élément d'un calcul de compensation est évidemment aussi le motif qui incite l'assureur à en accepter le risque. Chaque police contribue à assurer cette compensation, exactement comme chaque goutte de pluie contribue à former un ruisseau. De

1. Planiol, t. II, n° 1059.

2. Cf. Capitant, *La Cause*, p. 11, 25^e ligne.

même que l'assuré contracte pour parer aux coups que le sort peut porter directement contre lui, de même l'assureur recherche le contrat pour parer techniquement aux risques de son entreprise. Ainsi le même aléa joue le rôle de motif pour chacune des parties, et il faut bien remarquer que pour l'une comme pour l'autre, il s'agit d'équilibrer un risque externe.

Isolons, maintenant, par la pensée, ce contrat de tous les éléments extérieurs à lui : abstraction faite des motifs, c'est une sorte de pari (1), dans lequel le sinistre apparaît, cette fois, comme un élément interne du consentement.

Ainsi, une même éventualité joue trois rôles différents qu'il faut se garder de confondre entre eux, car une confusion à cet égard conduirait facilement à dire que l'assurance ne comporte pas d'aléa, ou n'en comporte que d'un seul côté, ce qui serait peu correct. Qu'importent, en effet, les combinaisons plus ou moins ingénieuses auxquelles se sont livrées les parties pour amortir les risques de leur patrimoine par les risques de contrats convenablement choisis à cet effet ? Il n'en reste pas moins que le contrat, tout en étant une assurance à raison de ses motifs, fonctionne néanmoins comme un pari dès qu'on l'examine en lui-même et isolément. On ne peut pourtant pas assimiler deux contrats aussi différents que l'assurance et le pari : leurs effets ne peuvent être les mêmes ; ils doivent obéir à des règles juridiques très dissemblables.

45. — Il faut donc, de toute nécessité, tenir compte des motifs lorsqu'on veut classer les contrats aléatoires.

1. M. Hémar, à son Cours, p. 28 *in fine*, donne la définition suivante du pari : « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes se promettent « une somme ou un objet déterminé, en cas d'arrivée d'un événement incertain ne dépendant aucunement d'elles. » On peut, semble-t-il, faire abstraction des derniers mots dont la seule utilité est de faire entre le jeu et le pari une distinction d'école sans grand intérêt. Remarquons, en outre, que « déterminé » ne veut pas dire fixé invariablement ; ainsi, l'on peut parier telle fraction de la recette de tel jour à venir. Dès lors, nous constatons que cette définition du pari ne se distingue pas de celle du contrat aléatoire, en général.

Contrairement à ce qui se présente d'ordinaire, ces motifs sont, en principe, parfaitement connus, ils sont de même nature pour un même groupe de contrats, et ce sont précisément eux qui donnent à chaque groupe la teinte juridique qui lui est propre.

C'est là une singularité remarquable des contrats aléatoires. Un même contrat, passé entre les mêmes personnes mais pour des motifs différents peut être successivement, soit interdit sous le nom de loterie, soit favorisé sous le nom d'assurance, soit réglementé sous le nom de rente viagère, soit tout juste toléré sous le nom de pari. Les motifs qui, en général, ne servent juridiquement à rien, constituent au contraire, en matière aléatoire, un critérium essentiel pour la distinction de certains contrats. L'opinion de MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (*Contrats aléatoires*, n° 173) est en ce sens : « Le contrat de rente viagère est par sa nature un pari sur la vie d'une personne sur la tête de laquelle la rente est constituée. Cependant il diffère du pari par son but, qui n'est pas de faire dépendre du hasard le gain ou la perte, mais de procurer des ressources à une personne qui en a besoin pendant sa vie ou celle d'un tiers ; c'est ce que disent, avec raison, les travaux préparatoires, et ce qui justifie la légalité de la rente viagère. Mais nous pensons que quand, en fait, la rente viagère est un pari sur la vie d'une personne, elle ne donne lieu à aucune action en justice. »

Nous ne différons de ce point de vue que par la substitution de l'idée de motif à celle de but.

§ 2. — *L'aléa pur.*

46. — La volonté de spéculer sur un aléa — comme *l'animus donandi*, d'ailleurs — paraît avoir été considérée comme une notion trop abstraite pour suffire à elle seule à déterminer des effets juridiques certains. La spéculation pure et simple sur un aléa est nue au sens romain du mot. Pour lui voir produire des effets définis, il faut la

revêtir des éléments qui se trouvent sur la limite du champ contractuel. Ces éléments sont les motifs. Les motifs immédiats, bien entendu, c'est-à-dire ceux qui se retrouvent les mêmes pour une même classe de contrats et qui apparaissent ainsi relativement dépouillés de leurs éléments variables et subjectifs.

Ainsi, la loi, en refusant toute action pour le jeu et le pari, a marqué très nettement sa répugnance à reconnaître des effets à une convention qui n'a d'autre base que le hasard.

Duveyrier, l'orateur du Tribunat l'a dit en termes fort nets : « Je parle de la loi civile, dit-il, qui ne peut s'occuper du jeu que sous le rapport prétendu entre ses folles conventions et le lien d'un engagement réciproque. Et, sous ce rapport, la loi civile doit seulement le dédaigner, le méconnaître, lui refuser son appui (1). »

L'espoir de la contre prestation éventuelle — qu'on pourrait appeler : *l'animus ludendi* — ne suffit pas à la validité du consentement. Le plaisir de jouer, c'est-à-dire le motif, devient ainsi, par substitution, l'élément essentiel : il a trouvé grâce en partie et sous certaines distinctions.

47. — Déjà les Romains avaient fait ces distinctions et avaient conçu de cette manière deux espèces de jeux : les uns propres à exercer l'adresse et le courage (*in quibus ars dominatur ac de virtute certamen est*) (2), Paul en cite quelques exemples (*si quis certet hasta, vel pilo jacundo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat*) (3), les autres auxquels ne président que les chances du sort (*in quibus sors praedominatur, qualis est alearum et similibus et affinium*) (4). Ces derniers n'étaient pas validés (5). L'idée directrice est très nette : le seul

1. Loqué, t. VII, p. 354.

2. Voët, ad. pand. lib. II, t. V, § 1.

3. L. 2. Dig. de aleatoribus, tit. I.

4. L. 31. Dig. de aleatoribus.

5. Voët, tit. V, § 2. — Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. V, n° 2315.

hasard n'est une cause d'engagement que s'il est enveloppé de motifs décents. Cette idée a été accueillie par notre ancienne législation qui distinguait les jeux de hasard, ceux d'adresse, et ceux de commerce.

De nos jours, le Code (art. 1966) accorde encore un régime de faveur aux jeux d'adresse. De son côté, la jurisprudence a fait une distinction du même ordre, en considérant comme illicites certains engagements qui reposaient exclusivement sur la chance et comme licites d'autres où il entrait, à côté de cet aléa, un élément de calcul, de raisonnement, ou de renseignement (1). Par exemple, elle distingue le pari aux courses ordinaires et celui connu sous le nom de poule au chapeau (2).

48. — Toutes ces différences basées sur la considération des motifs résultent de ce que le pur hasard a été trouvé un support trop fragile pour soutenir à lui seul l'édifice consensuel.

Remarquons à ce propos une certaine analogie entre le jeu et la libéralité: pour ces derniers actes, les motifs aussi ont remplacé quelquefois une cause trop abstraite. La dette de jeu ressemble à la promesse de donner, et la validité de son paiement fait songer à l'efficacité du don manuel. Jeux et donations sont rapprochés dans plusieurs articles du Code de commerce, groupés autour d'une idée commune: celle de dissipation. Donner, ce n'est pas perdre, mais cela y ressemble beaucoup, et cette ressemblance paraît avoir aminci en quelques points la cloison qui sépare ces deux catégories juridiques.

§ 3. — *L'aléa mêlé.*

49. — En dehors des contrats essentiellement aléatoires et classés comme tels par la loi, d'autres, de toutes espèces, peuvent porter sur des choses susceptibles de

1. Pandectes Françaises, t. 5, p. 581, n° 1.

2. Pandectes Françaises, t. 4, p. 629, n° 21.

faire l'objet d'un contrat ordinaire, mais qui sont soumises, dans la circonstance, à un aléa connu et accepté des parties. Une vente, un louage peut être aléatoire si les parties l'ont décidé. On peut dire que ce sont des contrats accessoirement aléatoires, parce que l'aléa, tout en étant un élément essentiel du consentement, s'y trouve pourtant moins isolé.

Bornons-nous à citer un exemple classique : Un ouvrier consent à raccommoder une pierre précieuse difficile à travailler et fort susceptible de cassure. Par une clause expresse, il se charge de ce risque moyennant l'allocation d'un salaire élevé : c'est là un contrat de louage d'ouvrage mélangé d'aléa (1).

Ces contrats peuvent être variés à l'infini et il en est de même des motifs qui les inspirent. Ceux-ci reprennent alors leur caractère habituel : ils sont en dehors du champ contractuel, comme dans les contrats commutatifs ordinaires.

Dans ces contrats, l'aléa apparaît comme la qualité d'un objet qui en possède en outre d'autres, dont la présence pourrait suffire à la validité de l'accord.

L'influence des motifs n'a plus alors de raison d'être, puisque l'aléa n'a plus besoin d'eux pour justifier sa valeur juridique. Il ne faut donc pas être surpris de voir ces contrats rentrer dans la théorie générale, sans particularités marquantes.

1. Trolong, *Des contrats aléatoires*, n° 19.

CHAPITRE II.

L'ALÉA ET L'INTERPRÉTATION DES VOLONTÉS.

Le cas fortuit. — L'imprévision.

SECTION I. — IMPOSSIBILITÉ ABSOLUE : LE CAS FORTUIT.

§ 1. — *La question des risques.*

50. — Lorsqu'un événement imprévu et fortuit rend matériellement impossible l'exécution d'une obligation née d'un contrat synallagmatique, qu'advient-il de l'autre ? C'est la question dite des risques.

Les parties se trouvent en présence d'un aléa qui n'a pas été envisagé lors de la formation du consentement. S'il l'avait été, la convention contiendrait, en fait, un pacte aléatoire adjoint, et tout se réglerait sans difficultés par la simple observation de la commune volonté des parties. La question des risques se pose parce que ce pacte aléatoire n'existe pas expressement, et qu'en conséquence la réglementation légale doit suppléer à cette omission. On peut concevoir cette réglementation de deux manières ; soit comme une sorte de quasi-contrat aléatoire ayant sa source dans la loi, soit comme un complément aux règles générales interprétatives des conventions.

51. — Dans la vente pure et simple, l'article 1138 met la chose aux risques de l'acheteur, tandis que l'article 1182 donne une solution inverse pour le cas de la vente conditionnelle. Les auteurs ont discuté le fondement, par suite

la portée, de ces règles et ont soulevé à leur propos des controverses dont le détail serait hors de notre sujet.

A notre avis, abstraction faite des textes, la solution rationnelle devrait être recherchée en se demandant dans chaque cas particulier quelle partie aurait vraisemblablement accepté le risque si lors du consentement l'aléa avait été envisagé. C'est évidemment une tâche très délicate pour le juge que d'interpréter l'intention des parties sur un point auquel elles n'ont pas pensé. Le problème n'est pourtant pas insoluble et, en fait, les juges le tranchent chaque jour. Dans notre espèce, il serait naturel de présumer que le risque de l'aléa a été implicitement accepté par celui qui a pris l'initiative du contrat. Cela reviendrait à remplacer franchement l'idée de quasi-contrat aléatoire légal par celle de contrat aléatoire tacite. Le point sur lequel le consentement a omis de saturer d'avance serait réglé suivant l'intention probable des parties, déterminée d'après les circonstances qui environnent le contrat, et non d'après la décision brutale de tel ou tel article du code. La logique et l'équité gagneraient à la suppression de ces articles.

D'ailleurs, en cas de doute insurmontable, ne resterait-il pas l'article 1162 pour trancher la question? L'application de cet article conduirait à statuer, pour le paiement du prix, contre celui qui a stipulé. Cela revient à dire que, dans une vente quelconque, les risques, en cas de doute, seraient mis en principe à la charge du vendeur. On ne pourrait guère se plaindre de cette règle puisqu'elle ne ferait que traduire une solution très naturelle et très intuitive : la perte de l'objet dû met à néant le contrat.

En fait, ce principe est certainement la règle générale qui domine la question des risques. La solution qu'il dicte revient à supposer l'existence d'un pacte aléatoire tacite qui va de soi. Ce pacte aléatoire tacite est à l'inexécution fortuite ce que le pacte comissoire tacite est à l'inexécution volontaire.

Bien qu'on ne présente pas d'ordinaire la question des

risques sous cet aspect et qu'on ne la rattache ni à l'article 1162 ni à la notion de l'aléa, tous les auteurs sont pourtant d'accord sur la solution générale à laquelle nous venons de parvenir, et tous la déclarent admise par la jurisprudence de la façon la plus large (1). Pour l'expliquer M. Capitant fait appel à la notion de cause, et M. Planiol à la solidarité des deux obligations nées d'un contrat synallagmatique; au langage près cela revient exactement au même. Ce n'est donc pas une originalité que de rapprocher la question des risques des règles générales interprétatives des contrats. M. Planiol écrit (n° 1339, t. II): « la « jurisprudence n'a pas dégagé la formule exacte de ce « principe, et elle le rattache faute de mieux à l'article 1184. » Il semble que la notion de pacte aléatoire tacite, qui fait pendant à celle de pacte résolutoire tacite contenue dans l'article 1184, apporte une justification satisfaisante aux décisions de la pratique. Cette notion a en outre l'avantage, comme nous le verrons, de se prêter aux généralisations.

Quoi qu'il en soit, elle conduit à penser que la règle exceptionnelle donnée par l'article 1138 n'est pas satisfaisante, parce qu'elle n'est pas conforme à l'intention probable des parties. On prétend parfois la justifier en disant que la propriété est transférée et que la perte d'une chose est tout naturellement à la charge de son propriétaire. Mais, en fait, avant la livraison, vendeur et acheteur ont tous deux des droits importants sur la chose : le premier, outre la possession, bénéficie des droits réels énergiques attachés à la garantie, le second a, cela est vrai, la propriété, mais ce n'est encore pour lui qu'un droit tout théorique. On pourrait presque dire qu'ils sont propriétaires tous les deux. Ainsi, le transfert consensuel de la propriété n'a pas les effets absolus qu'on lui prête : M. Planiol n'hésite pas, dans un cas particulier, à admettre que l'article 1583 peut recevoir une dérogation (2). Aussi aurait-il

1. Planiol, tome II, n° 1336.

2. Planiol, tome II, 1549 *in fine*.

mieux valu, malgré le transfert consensuel de la propriété, donner effet à la volonté probable des parties et présumer un pacte aléatoire tacite laissant les risques à la charge du vendeur jusqu'à la livraison. S'il en était ainsi, une chose périe avant la livraison serait traitée comme si elle l'avait été déjà au moment du contrat, de même qu'en matière de rente viagère, une personne malade est, sous certaines conditions, traitée comme si elle était déjà morte. Il ne faut pas exagérer, bien entendu, la portée de cette analogie toute superficielle : la disposition relative aux rentes viagères, qui est d'ordre public, doit conduire à une nullité absolue, tandis qu'il ne saurait être question de faire de la théorie des risques autre chose qu'une mesure supplétive de l'accord des volontés. A ce titre, il faut, indépendamment de toute théorie, mettre les risques à la charge de celui qui les a acceptés, chaque fois que cette partie acceptante peut être découverte.

§ 2. *Le caractère aléatoire et la garantie de fait.*

52. — Examinons maintenant une autre question : les risques ayant été prévus, en résulte-t-il pour le contrat un caractère aléatoire ? Non, évidemment, si la clause est accessoire, s'il s'agit, par exemple, dans un contrat de vente ordinaire, d'un pacte aléatoire adjoint mettant la chose aux risques du vendeur jusqu'à la livraison.

Mais si une clause exclut toute garantie quant à la valeur d'une prestation due, on peut soutenir que le contrat est aléatoire. Inversement, un tel contrat, est, en principe, exclusif de garantie.

Toutefois, il y a dans l'un et l'autre cas matière à interprétation des volontés, car les clauses d'exclusion de garantie sont parfois de style, et, inversement, il faut qu'une convention ait un caractère aléatoire bien établi pour qu'on puisse admettre que les parties ont donné leur consentement à tout événement.

Il nous paraît intéressant, dans ce chapitre ayant trait à l'interprétation des volontés, de signaler ces difficultés sur quelques exemples de jurisprudence.

53. — La clause de risques et périls ne suffit pas pour donner à la cession de droits successifs le caractère aléatoire, si en fait, il n'y a pas eu de risques ni d'incertitude réciproque (1), si, par exemple, il est constant que l'acheteur connaissait parfaitement les forces actives et passives de la succession et que ces forces étaient ignorées du vendeur (2).

De même, la mention insérée dans un acte de partage qu'une créance est évaluée à forfait, ne suffit pas pour lui donner le caractère d'une créance aléatoire et pour rendre cette évaluation inattaquable alors qu'il n'existait pas d'aléa (3).

Par contre sont revêtus d'un caractère essentiellement aléatoire les actes de cession de droits successifs, aux risques et périls du cessionnaire, lorsque la qualité d'héritier est sérieusement contestée au cédant (4).

Il a même été jugé que le caractère aléatoire d'une vente de droits héréditaires résulte suffisamment de ce que des dettes nouvelles peuvent se découvrir, qu'un tiers peut avoir des reprises à exercer, et, notamment possède un droit d'usufruit sur les biens cédés (5).

1 Pandectes Françaises, t. 5, p. 589, n° 113. — Toulouse, 6 décemb. 1834, S. 35.2.285, P. 35.II.531, P. chr., D. P. 35.2.101. — Lyon, 29 janv. 1836, S. 36.2.238, P. 36.III.236, P. chr., D. P. 37.2.45. — Toulouse, 23 janv. 1841, P. 42.I.271, D. P. 41.2.217. — Cass., 20 mars 1844, S. 44.1.307, P. 44.II.25, D. P. 44.1.217. 29 juin 1847, S. 48.1.360, P. 48.I.681, D. P. 48.1.70. — Agen, 10 janv. 1851, D. P. 51.2.53. 15 mai 1866, S. 66.2.360. — Cass., 21 mars 1870, S. 70.1.317. — Demante, *Cours. analyt.*, t. 3, n° 234 bis ; Dutruc, *Partages de successions*, n° 616 ; Massé et Vergé, *sur Zachariæ*, t. 2, § 393, p. 387, note 25 ; Aubry et Rau, t. 5, § 626, p. 282, note 16 ; Toullier, t. 4, no 579 ; Duranton, t. 7, n° 572, et suiv. ; Chabot, *Successions*, t. 2, sur l'art. 889, n° 2 ; Hu. reaux, *Droits de successions*, t. 5, n° 34. Demolombe, *Successions*, t. 5, n° 452-2. *Idem*, n° 114. Agen, 15 mai 1866, S. 66.2.360. — Cass., 21 mars 1870, S. 70.1.317, D. P. 70.1.331.

3. *Idem*, n° 115. Paris, 4 mars 1874, D. P. 75.2.19.

4. Pandectes Françaises, t. 5, p. 589, n° 106. — Grenoble, 31 déc. 1833, D. Rep., n° 14.

5. *Idem*, n° 107. — Toulouse, 9 déc. 1843. D. Rep., n° 19.

On peut poser en principe que la constatation des risques et périls à la charge d'une partie, et celle du caractère aléatoire d'un acte, renferment une appréciation de fait qui rentre dans les attributions exclusives des juges du fond (1).

Néanmoins on peut admettre que la constatation du caractère aléatoire d'un contrat interdit en général tout recours d'une partie contre l'autre à raison des cas fortuits. En voici un exemple :

La convention par laquelle des agriculteurs s'engagent à planter le terrain d'autrui en vignes, moyennant la récolte des cinq premières années, le partage de la récolte de la sixième année, et, enfin, soit le quart du terrain complanté, soit les fruits des trois années subséquentes, est non un contrat de bail mais un contrat aléatoire (2).

L'arrêt tire de cette décision la conséquence que si, au cours de la convention, les vignes plantées viennent à périr par cas fortuit, chacune des parties doit en supporter la perte dans la limite de ses droits ; il admet donc que le caractère aléatoire implique dans l'intention des parties l'exclusion, en principe, de toute garantie réciproque quant aux pertes fortuites.

Inversement, dans une espèce analogue, la Cour de cassation a jugé qu'il s'agissait d'un véritable contrat de complant, et ce contrat a été résilié, le phylloxera ayant détruit les plantations commencées (3).

Il n'est guère douteux que pour la solution de ces procès forts délicats, la considération de la probabilité du cas fortuit survenu et de l'étendue du dommage prévisible, en apportant aux appréciations une base plus solide, introduirait plus d'homogénéité dans les décisions.

1. *Idem*, n° 109. — Arg. Cass., 9 juillet 1839, P. 39. II. 69. — 31 déc., 1833, S. 34. I. 104. P. ch., P. 34. I. 221, D. P. 34. I. 140. — 3 juin 1840, S. 40. I. 895, P. 40. II. 510, D. P. 40. I. 249.

2. Orange, 30 janv. 1859, S. 72. I. 69. — Nîmes, 3 déc. 1869, S. 72. I. 69. — Cass. Req., 1^{er} juin 1870, S. 72. I. 69.

3. Planiol, t. II, n° 1339. — Cass., 14 avril 1891, D. 91. 329.

SECTION II. — IMPOSSIBILITÉ APPROXIMATIVE: L'IMPRÉVISION

§ 1. — *La position du problème.*

54. — Les solutions données à la question des risques supposent réunies trois conditions, savoir : 1° l'aléa survenu n'a pas été prévu aux termes du contrat ; 2° il est fortuit, c'est-à-dire en dehors de toute faute imputable aux parties ; 3° l'impossibilité matérielle d'exécution est absolue (*genera non pereunt*).

Si la première condition n'est pas réalisée, la clause prévue au contrat forme la loi des parties, si c'est la seconde, des dommages-intérêts sont dus, si c'est la troisième, le débiteur doit s'exécuter.

Toutefois, l'interprétation que nous avons préférée pour la question des risques et qui la présente sous l'aspect d'un pacte aléatoire tacite suggère l'idée d'une extension aux cas d'impossibilité approximative, et permettrait, semble-t-il, de décider dans ce cas, suivant les circonstances, soit la révision des prestations exigibles, soit la réduction des dommages-intérêts rigoureusement dus.

L'essence même du contrat consensuel impose la nécessité de calquer son exécution sur le consentement tel qu'il a été réellement formé. Bien que le consentement ait porté sur des objets définis, indépendamment de leur estimation en argent, il n'en est pas moins vrai que la valeur relative des objets échangés a constitué l'un de ses éléments essentiels. Cette valeur relative peut varier dans un sens ou dans l'autre : les parties le savent bien et c'est là un élément aléatoire inséparable de toute spéculation contractuelle. Les parties, sans même avoir besoin de le dire, sont tombées d'accord pour décider implicitement que cet aléa n'aurait aucun effet sur la nature des prestations convenues, ni sur le sort du contrat. Tout commerce deviendrait sans cela impossible.

55. — Pourtant, les parties ne pouvaient raisonnable-

ment envisager les variations possibles qu'entre certaines limites. On ne saurait dire lesquelles, mais il est infiment probable que si les parties avaient pu prévoir la possibilité de variations allant, par exemple, du simple au quintuple, aucune des deux n'aurait consenti au contrat sans réduire dans leur intérêt commun de pareils risques par l'introduction d'une clause aléatoire capable de les restreindre. Elles auraient par exemple convenu qu'au delà d'une certaine variation des cours les fournitures seraient modifiées de telle ou telle manière. En somme, à moins que des circonstances particulières ne révèlent une volonté contraire, il est naturel de sous-entendre chez les deux parties la volonté de circonscrire leur spéculation à l'intérieur de certaines limites. Ces limites doivent être placées au delà des écarts prévus mais en deça de ceux dont l'énormité ne pouvait qu'échapper à toute prévision. Donner effet à cette convention aléatoire tacite, ce n'est pas porter atteinte aux effets d'un contrat librement consenti, mais c'est rechercher au contraire, derrière la façade des apparences, la véritable nature du consentement. C'est préférer l'esprit à la lettre et faire, par là-même, une application très correcte du principe qui exige que les contrats soient exécutés de bonne foi.

On (1) l'a contesté cependant. La bonne foi, a-t-on dit, consiste à faire exactement ce qui a été promis, et il est inadmissible de s'appuyer sur l'article 1134 pour dispenser l'obligé d'une exécution sans merci. Cette objection contient une pétition de principe, car il s'agit précisément de déterminer ce qui a été promis. Rappelons à ce sujet l'anecdote rapportée par Plutarque dans la vie de Solon à propos d'une dispute qui s'éleva jadis entre les pêcheurs de l'île de Cos et un étranger de Milet (2). L'étranger avait acheté un coup de filet, et, les pêcheurs ayant amené une table d'or, il prétendait qu'elle devait lui appartenir. Les

1. M. Capitant, sous Paris, 21 décembre 1916, D. P. 1917.2.33.

2. Nouveau Denisart, *vo* Aléatoire, § 2, n. 2.

pêcheurs le niaient, et soutenaient, avec raison, que nul n'ayant songé à ce coup de fortune, l'acheteur n'avait droit qu'au poisson.

Combien de marchés de guerre ressemblent à l'affaire de la table d'or ! Soutenir que celle-ci est due par ce qu'elle a été promise serait tout à fait contraire à la bonne foi.

On a dit aussi que la prétendue rigueur du maintien à tout événement des contrats est plus apparente que réelle : on ne peut décharger le vendeur sans léser d'autant l'acheteur. Mais ceci s'applique à tous les jugements, sans exception. L'équité consiste précisément à choisir ou à partager.

§ 2. — *Les précédents.*

56. — Il est évident que le respect des conventions est de rigueur, et que ce principe est essentiel à l'ordre social. Aussi, en temps normal ne s'attarde-t-on pas à apprécier des réticences et donne-t-on plein effet aux stipulations envisagées uniquement sous leur aspect accessible à la preuve. Pénétrer plus avant dans la structure du consentement, serait ouvrir la porte à l'arbitraire et manquer à la discrétion que doit autant que possible revêtir l'intervention de la justice dans les rapports des particuliers.

Mais, aux époques troublées, l'ordre social peut commander ce que d'ordinaire il défend. On se demande alors si la rigidité contractuelle ne pourrait pas être tempérée par un examen plus attentif des circonstances (1) de chaque contrat, et l'on cherche à faire pénétrer dans le droit civil la théorie de l'imprévision adoptée en matière administrative par le Conseil d'Etat.

M. Capitant a consacré une importante note à cette question (D. P. 1917.2.33) et a cité dans cette note un

1. En sens contraire : Laurent, t. 16, n° 272. Voir. Pand. Fr., t. 42, p. 239, n° 1927.

exemple emprunté à l'époque de la guerre de Crimée (1).

En 1870 des problèmes analogues se sont posés. Citons par exemple l'extrait suivant d'un jugement de la Cour de Nancy du 14 juillet 1871 (2) :

« Attendu que si l'événement constitutif de la force
« majeure ne fait que rendre l'exécution plus onéreuse
« ou plus difficile ou bien encore s'il ne fait que la retard-
« der ou la suspendre, il autorise, sans résoudre le con-
« trat à y apporter des modifications et des tempéraments
« dont les tribunaux restent les souverains appréciateurs. »

Citons encore un jugement du 27 mars 1871 du tribunal de commerce de Rouen :

« Attendu que si le principe des marchés doit être
« rigoureusement maintenu, il appartient au tribunal
« d'apprécier et de tenir compte des circonstances qui
« sont venu déplacer la situation de chacune des parties.
« et de leur intention quant aux résultats qu'elles cher-
« chaient l'une et l'autre dans les opérations pour lesquelles
« elles contractaient (3). »

Ce dernier jugement paraît très net, derrière la façade du contrat, il apprécie ce que cherchaient les parties. Il interprète, pourrait-on-dire, le pacte aléatoire tacite que d'ordinaire on néglige. Cela est profondément différent de la théorie administrative de l'imprévision. Cette dernière revêt en effet plutôt le caractère d'une entente amiable entre collaborateurs, tandis que dans le jugement du tribunal de commerce de Rouen, il s'agit nettement d'une interprétation de volontés. Et c'est bien là, croyons-nous, que se trouve la solution. Le consentement contient un terme correctif qu'il faut, en temps normal, négliger, mais qui, en temps de crise économique peut devenir

1. Note de M. Capitant. D. P. 1917. 2. 33.

2. Pandectes Françaises, t. 42, p. 239, n° 1928. Nancy, 14 juillet 1871, S. 73. 2. 38, P. 73. 207, D. P. 71. 2. 141. — Et, dans le même sens, Trib. comm. Rouen, 27 mars 1871, D. P. 71. 3. 54. — Et, dans le même sens en 1915, le jugement de Toulouse cité dans la note de M. Capitant : D. P. 1916. 2. 112.

3. D. P. 71. 3. 54.

essentiel. Malgré la jurisprudence en majorité contraire, malgré la lecture de la note de M. Capitant, nous restons persuadés que c'est là une application très correcte des principes généraux du droit et des textes formels du Code (art. 1134, art. 1136).

§ 3. — *La proposition Failliot.*

57. — Bien entendu, la guerre de 1914 a posé de nouveau la question. Cette fois le débat s'est élargi à la suite du dépôt par M. Failliot d'une proposition de loi tendant à remédier aux conséquences préjudiciables qu'une jurisprudence trop stricte aurait pu entraîner.

Commentons quelques extraits du rapport fait au nom de la Commission du Commerce et de l'Industrie chargée d'examiner la proposition de loi de M. Failliot (1) :

« Aucun rapport ne subsiste plus, écrit le rapporteur, « entre les prestations promises à l'époque où le contrat « fut passé et celles qui sont actuellement demandées. « Tel contractant démontre qu'il serait appelé à perdre « sur un marché de chlorure de baryum 130.000 francs « parce que ce qui valait 21.000 francs avant la guerre en « vaut aujourd'hui 150.000. Ce n'est là qu'un fait entre « mille. »

Ce préambule est l'exposé très net des données pratiques de la question.

« Des changements de cette nature ont paru transformer le contrat primitif et en faire une véritable opération de spéculation. »

Il aurait mieux valu dire que les circonstances ont modifié le sens primitif des mots et dépassé considérablement la spéculation intentionnelle des parties à la formation du contrat. La convention aléatoire tacite que l'on doit d'ordinaire négliger à raison des nécessités pratiques, doit exceptionnellement entrer ici en jeu et faire limiter les

1. Documents parlementaires, 1916, p. 565.

pertes à un taux raisonnable apprécié par le juge du fond. L'ordre social, qui d'ordinaire commande la rigueur, commande au contraire, en d'autres circonstances, la souplesse. C'est ainsi que nous comprenons la pensée du rapporteur.

« Fallait-il, dans ces conditions, maintenir à tout prix le respect absolu des stipulations premières des contractants ? Telle est la question que nous avons cru pouvoir résoudre par la négative. »

En réalité la proposition du rapporteur consiste précisément à assurer le respect des stipulations en faisant prévaloir l'esprit sur la lettre.

« On eut pu croire que les tribunaux... trouveraient dans la législation même du Code civil le moyen de soustraire certains contractants aux conséquences anormales de leur contrat... Dans la grande majorité des cas la jurisprudence a maintenu ses principes traditionnels... Les réponses des quatre présidents des principales cours d'appel de France ne laissent aucun doute sur la prédominance de cette manière de voir. »

Le rapporteur conclut, en conséquence, à la nécessité d'une disposition législative nouvelle.

Le Comité de législation commerciale du ministère du Commerce, appelé à donner son avis, a fait des objections d'ordre pratique, mais ne s'est pas opposé absolument à une extension de la notion de force majeure aux cas d'impossibilité approximative, ce qui était, en somme, le point essentiel.

Il convient toutefois de noter que cette extension a paru encore insuffisante à certains juristes :

« Des contrats, écrit M. Massigli (1), peuvent avoir été conclus dont il y aura lieu pour la satisfaction de l'équité d'effacer toutes les stipulations, mais il en est d'autres qu'il sera légitime de laisser subsister moyennant révision des conditions de leur exécution. L'application de

1. V. Doc. parl. 1916, précités.

« la théorie de la force majeure serait insuffisante à cette
« fin. »

Le Comité de législation civile du ministère de la Justice, également consulté, a donné un avis nettement favorable : une intervention législative lui paraît nécessaire, et il se rallie à l'innovation qui consiste à permettre aux contractants hors d'état de remplir leurs engagements, de solliciter du juge leur exonération à raison du bouleversement inouï et impossible à prévoir entraîné par la guerre « cataclysme sans précédent ».

§ 4. — *Conclusion sur l'imprévision.*

58. — M. Capitant, dans la note que nous avons déjà citée, repousse le principe de la proposition de loi, mais approuve sans réserves l'opinion suivante émise par le président du tribunal de commerce de la Seine :

« Le tribunal a posé en principe que la guerre n'est pas
« un cas de force majeure et que, par suite, les parties
« se doivent à l'exécution des engagements contractés.
« Mais tout en maintenant cette règle, il a examiné pour
« chaque affaire les conditions et la mesure dans lesquelles,
« par suite de fait provenant de l'état de guerre, les con-
« tractants pouvaient exploiter leur commerce et leur
« industrie. Il a donc considéré les litiges qu'il a été appelé
« à trancher comme autant d'espèces particulières dont la
« solution devait dépendre de l'entière connaissance et
« d'une juste appréciation des faits de la cause. »

Ces observations sont, comme l'indique l'auteur de la note, « pleins de sens pratique et de réalité ».

Cela est incontestable, mais les paroles que nous venons de citer paraissent fonder cette jurisprudence sur une sorte de bienveillance à l'égard d'un débiteur malheureux. Or, à côté de cette raison il y en a une autre, qui nous paraît plus forte. Il s'agit moins de protéger le débiteur que d'interpréter la commune intention des parties au moment du contrat, en examinant les faits particuliers à chaque

espèce. La protection du débiteur est le motif d'intérêt social qui incite à faire admettre le principe de la révision du contrat. Mais cette révision, une fois décidée, doit être basée sur l'interprétation des volontés des parties contractantes. Elle consiste à préciser les limites extrêmes de la spéculation qui au moment du contrat pouvait normalement et licitement être envisagée.

La jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine s'accorde parfaitement avec le point de vue que nous soutenions au début de la présente section, lorsque nous rattachions les cas d'impossibilité soit absolue soit approximative à l'idée de convention aléatoire tacite, et que nous propositions de rechercher la solution de chaque espèce par l'interprétation des risques acceptés.

59. — Il importe de remarquer que le succès de la théorie de l'imprévision impliquerait une pénétration plus intime de la notion technique de l'aléa dans le domaine juridique. Comment apprécierait-on, en effet, le caractère imprévisible d'un aléa, sinon en estimant sa probabilité *a priori* et en la comparant à celle des éventualités qu'on est en droit de négliger ? Ce sont là deux notions techniques que nous avons rencontrées dans notre première partie. Une généralisation de la théorie de l'imprévision ne pourrait échapper au reproche d'arbitraire qu'en s'appuyant sur des statistiques. La théorie de l'imprévision s'accorde parfaitement avec la notion technique de l'aléa, mais il vient immédiatement à l'esprit une objection : à supposer qu'on puisse déterminer les éléments techniques visés plus haut, au-dessous de quelle valeur une probabilité aurait-elle pour effet de classer un aléa dans la catégorie des éventualités imprévisibles ? C'est là le sophisme du tas de blé. Ici, l'objection est encore moins sérieuse qu'ailleurs parce que la théorie de l'imprévision ne devant être que d'une application exceptionnelle, ses limites peuvent être suffisamment reculées pour n'avoir pas besoin d'être définies avec précision. On a prétendu fonder la théorie de

l'imprévision sur l'article 1150 du Code civil (Thèse Fyot Dijon, 1924). Malgré le lien évident qui existe entre la théorie des dommages-intérêts et celle de l'imprévision, il semble peu naturel de fonder l'une sur l'autre, car la première suppose une faute, et la seconde au contraire l'absence de faute. Néanmoins il est incontestable que l'article 1150 fait une distinction entre ce qui pouvait être prévu et ce qui ne pouvait pas l'être. On doit en conclure que le législateur n'a pas été effrayé outre mesure par les difficultés de cette distinction. Et cela suffit pour interdire de voir dans ces difficultés un obstacle décisif à la théorie de l'imprévision. Le remède à leur apporter consiste à utiliser le plus possible les renseignements donnés par la statistique : telle hausse qui ne se produit qu'une fois en cinquante ans pourra par exemple être considérée comme imprévisible dans un marché livrable à trois mois, surtout si elle est la conséquence d'un événement lui-même exceptionnel. En résumé, il semble que la théorie de l'imprévision marquerait un perfectionnement de la notion de l'aléa dans les contrats et inciterait à en chercher de nouveaux dans la voie d'une application plus fréquente des éléments techniques. Ceux-ci fourniraient une base scientifique pour limiter cette théorie à des éventualités suffisamment exceptionnelles pour que la généralisation de son principe ne mette pas en péril la sécurité des contrats.

CHAPITRE III.

L'ALÉA ET L'OBLIGATION.

Choses aléatoires et modalités aléatoires.

SECTION I. — LES CHOSSES ALÉATOIRES.

§ 1. — *L'aléa et l'objet.*

60. — L'objet d'une obligation est l'acte matériel auquel est astreint le débiteur (1) : donner, faire, ou permettre quelque chose. Il peut arriver que, soit l'acte promis, soit la chose sur laquelle il porte, dépende d'un aléa. Dans cette dernière hypothèse, c'est la consistance de la chose elle-même qui est la matière de l'indétermination. Il en est ainsi, par exemple, de la somme, encore inconnue, que payera le créancier d'une rente viagère, de celle que gagnera un joueur... etc. On peut dire que ce sont là des choses aléatoires. Remarquons qu'elles sont néanmoins certaines au sens de l'article 1108 ; en effet, elles existent, elles sont dans le commerce, et susceptibles d'être déterminées. Mais un nombre plus ou moins grand de choses sont alternativement *in obligatione* et le sort choisira l'une d'entre elles.

Il ne faut pas confondre la chose avec sa valeur en argent. Ainsi un titre susceptible de fluctuations étendues n'est pas une chose aléatoire ; c'est sa valeur qui est variable et qui a pu introduire un élément aléatoire dans la formation du consentement.

Inversement une chose peut dépendre d'un aléa sans

1. Cf. Planiol, II, n° 159.

donner le caractère aléatoire au contrat. Tel est le cas d'un marché à tant la mesure sans fixation précise de la quantité : on peut dire que dans ce dernier cas l'aléa affecte corrélativement chacune des obligations à naître et s'élimine par différence.

La seule chose qui importe au point de vue juridique, c'est la répercussion que peuvent avoir dans la formation du consentement les éléments aléatoires qui affectent soit la chose elle-même, soit sa valeur.

Aussi n'aurions-nous rien à dire dans cette partie de notre étude des choses aléatoires, si l'estimation de leur valeur n'avait conduit parfois à reconnaître en matière aléatoire des particularités relatives à la lésion.

§ 2. — *La lésion.*

61. — On s'est demandé, de façon générale, s'il est utile et s'il est juste d'accorder aux majeurs, maîtres de leurs droits, la possibilité de faire rescinder leurs actes pour cause de lésion (1). Dans les cas très limités où notre droit civil l'admet, la justification de cette mesure a été cherchée dans le fait que le propriétaire ayant vendu son bien presque pour rien avait sans doute un pressant besoin d'argent sous l'influence duquel sa volonté n'a pas été libre (2). Par ce moyen détourné on fait ainsi rentrer la lésion dans la catégorie des vices du consentement.

Peut-être vaudrait-il mieux dire qu'une lésion énorme dépasse les limites de la spéculation admissible, et rapprocher ainsi le mécanisme de la lésion de celui décrit dans le chapitre précédent à propos du projet Failliot. L'analogie a d'ailleurs été remarquée et se trouve rapportée aux documents parlementaires déjà cités (3). Notons cependant une grande différence : la lésion dont il s'agit dans le projet Failliot résulte d'événements postérieurs au contrat, tan-

1. Cf. Planiol, t. II, n° 1587.

2. Cf. Planiol, t. II, n° 1588.

3. Chambre 1916, p. 561.

dis que la lésion classique est essentiellement contemporaine de la formation du contrat.

Quoi qu'il en soit ce rapprochement conduirait à admettre que la rescision peut être accordée même dans les ventes aléatoires, pourvu que son existence au moment du contrat puisse être mise nettement en évidence. L'influence de l'aléa consisterait seulement à rendre cette question de fait plus difficile à résoudre.

Nous allons constater que c'est précisément dans ce sens que s'est orientée la jurisprudence.

§ 3. — *L'article 1674 du Code Civil.*

62. — Le principe de l'application de la rescision pour cause de lésion de plus des $\frac{7}{12}$ aux ventes dont le prix consiste en une rente viagère a été fort controversé. La jurisprudence s'est refusée d'abord, à raison du caractère aléatoire de ce contrat à lui appliquer la disposition de l'article 1674 (1).

Cependant, la majorité des arrêts, tout en repoussant l'application de l'article 1674, avait cherché et trouvé un correctif dans l'article 1594 du même code. A défaut de rescision pour cause de lésion, la vente devait être annulée comme faite sans prix, si le produit des objets vendus était égal ou supérieur à la rente stipulée (2).

Toutefois, dès 1836, la Cour de Cassation décida d'une manière absolue que les ventes consenties moyennant une rente viagère sont susceptibles, comme les ventes

1. Pandectes Françaises, t. 5, p. 590, n° 126. — Poitiers, 10 prairial an XII, P. chr. D. A. 5. 546. — Cass., 16 avril 1822, S. et P. chr., D. A. 11. 569. — Riom, 26 mai 1826, et, sur pourvoi, Cass., 1^{er} avril 1829, S. et P. chr., P. 29. 11. 109. D. P. 29. 1. 205. — Angers, 21 février 1828, S. 30. 2. 131. — Cass., 30 mai 1831, S. 31. 1. 217, P. chr. — Toulouse, 22 novembre 1831, S. 32. 2. 108, P. chr., D. P. 32. 2. 108, P. chr., D. P. 32. 2. 34. — Caen, 3 mars 1870, D. P. 71. 2. 213.

2. *Id.*, n° 127. — Poitiers, 23 thermidor an XI, S. et P. chr., D. A. 5. 546. — Paris, 12 juillet 1808, P. chr. — Bourges, 10 mai 1826, S. et P. chr., P. 27. 11. 47, D. P. 27. 2. 42. — Angers, 21 février 1828, S. et P. chr., P. 30. 1. 345, D. P. 30. 2. 118. — Orléans, 26 mai 1831, P. 31. 11. 419, P. chr., D. P. 31. 2. 160. — Poitiers, 9 juin 1840, P. 41. 1. 622. — Cass., 23 juin 1841, P. 43. 11. 68, D. P. 41. 1. 281.

faites moyennant tout autre prix, de l'action en rescision pour cause de lésion. Et c'est cette solution qui a définitivement prévalu (1).

Il a été jugé qu'une vente qui contient des conventions aléatoires n'en est pas moins sujette à rescision pour cause de lésion lorsque les circonstances permettent au juge de déterminer la valeur des obligations soumises aux éventualités de l'aléa, notamment lorsque le prix doit être payé à des époques déterminées, tandis que l'entrée en jouissance ne doit avoir lieu qu'au décès du vendeur, le juge pouvant alors, en faisant une large part à la durée probable de la vie humaine, réduire à des valeurs fixes les sacrifices que s'impose le vendeur (2).

Il a été décidé aussi que la rescision pourrait être demandée, bien que la vente eût conservé en partie son caractère aléatoire, s'il était démontré que même dans l'hypothèse la plus favorable au vendeur, le prix n'atteindra pas les $\frac{5}{12}$ de la valeur de l'immeuble. Ainsi, lorsque le vendeur a promis la garantie pour le cas d'éviction et a, en même temps, pris les dettes à sa charge, l'acquéreur n'a à courir aucune chance de perte. Par conséquent si, dans cette hypothèse, le prix fixé était inférieur aux $\frac{5}{12}$ de la valeur, il y aurait lieu à rescision pour cause de lésion (3).

63. — Quant à la doctrine, il convient de remarquer que les auteurs, après avoir établi en principe que la rescision n'a pas lieu en matière aléatoire, finissent la plupart par dire que la rescision devrait cependant être admise, si la lésion était évidente (4).

1. Pandectes Françaises, t. 5, p. 590, n° 128. — Cass., 22 février 1836, S. 36.1.186, P. chr., D. P. 36.1.205. — Nancy, 2 août 1837, S. 39.2.183, D. P. 38.2.220. — 16 juillet 1856, P. 57.540, D. P. 57.1.283. — Montpellier, 8 décembre 1857, D. P. 58.2.130. — 13 novembre 1867, S. 68.1.23, P. 68.35, D. P. 68.1.344. — Lyon, 10 juin 1875, S. 76.2.119, P. 76.478. — Caen, 6 janvier 1879, Pand. chr., t. 6, 2.22.
2. *Id.*, n° 122. — Montpellier, 8 décembre 1857, S. 58.2.703, P. 58.847, D. P. 58.2.120.

3. Pandectes Françaises, t. 5, p. 590, n° 121.

4. *Id.*, n° 129. — Pothier, *Obligations*, n° 37 ; Merlin, *Rep.*, v° Lésion,

M. Hémard, dans son cours sur les contrats aléatoires (1921-1922) penche plutôt vers l'opinion qui consiste à écarter radicalement la lésion en matière aléatoire (1).

Après avoir signalé un arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes) du 13 juin 1895 (Sirey 1895. I. 488) par lequel la Cour s'est prononcée dans le sens de la rescision en s'en tenant aux termes qu'elle prétend absolus de l'article 1674, M. Hémard critique l'application de ce texte à toutes les ventes d'immeubles quelles qu'en soient les modalités :

« On peut se demander, dit-il, si la solution de la Cour
« de cassation ne va pas aboutir à des difficultés insur-
« montables. En effet, comment va-t-on calculer la
« lésion. Voici un individu qui vend un immeuble de
« 10.000 francs moyennant une rente viagère de 500 fr.
« Evidemment il n'y a pas lésion. Mais s'il le vend
« moyennant une rente de 50 francs, il y a lésion. Mais
« comment apprécier la lésion ? Est-elle des $7/12$? Tout
« dépend de l'âge auquel ira l'individu. L'intérêt de l'ar-
« gent peut diminuer. De plus la définition de la vie pro-
« bable de l'individu n'est qu'une probabilité. Ce n'est
« pas une certitude. Il vaudrait mieux déclarer que dans
« un cas semblable il n'y a pas de rescision pour cause de
« lésion. »

Cette objection repose sur le caractère arbitraire et rigoureux du chiffre à partir duquel, dans la vente d'immeubles, la loi institue la rescision. Or, c'est précisément cette conception de la lésion qui est très critiquable. La rescision entre majeurs pour cause de lésion énorme semble ne pouvoir se justifier qu'à condition d'être rattachée aux principes de l'interprétation des volontés. Elle devrait, à ce titre, être dans tous les cas laissée à l'appré-

§ 1, n° 8 ; Duranton, t. 16, n° 441 ; Delvincourt, t. 2, p. 650 ; Troplong, *De la vente*, t. 2, n° 790 et s. et *Contrats aléatoires*, n° 228 ; Zachariæ, t. 3, § 388, n° 2 ; Duvergier, t. 2, n° 75 ; Rolland de Villargues, *Rep.*, vo Lésion, n° 19 ; Coulon, *Questions de droit*, t. 3, p. 530. — Marcadé sur l'art. 1674, n° 2.

ciation souveraine des juges. La fraction $7/12$, écrite dans la loi, résulte d'un souvenir historique : elle ne correspond à rien de réel.

64. — En somme, les réserves que l'on peut faire relativement à l'action en rescision du contrat aléatoire pour cause de lésion se ramènent aux deux idées différentes exprimées ci-après :

1^o Il paraît être de la nature des contrats aléatoires que les parties donnent un consentement indéfini à tout événement ;

2^o L'estimation des risques présente une telle incertitude qu'il sera en général difficile de déterminer dans un contrat aléatoire l'existence et l'étendue de la lésion.

Mais ces objections n'ont pas semblé décisives à la jurisprudence. Elle a rapproché, en matière de lésion, les contrats aléatoires des contrats commutatifs ordinaires. Elle a par cela même réduit considérablement l'intérêt qui s'attache à la distinction de ces deux genres de contrats. De plus, en admettant la possibilité d'estimer numériquement un droit aléatoire pour le comparer aux $7/12$ d'une valeur certaine, elle a fait un premier geste en faveur de l'application au droit des éléments techniques d'évaluation de l'aléa.

§ 4. — *La valeur des objets aléatoires.*

65. — Nous allons enfin noter que l'appréciation de la valeur en argent d'un objet est une question qui se présente exactement de la même façon pour les objets aléatoires que pour les autres.

Pour apprécier, en général, la valeur d'un objet, on l'offre au commerce, ce qui lui donne, s'il n'existe déjà, un cours déterminé par une sorte de statistique qui résulte automatiquement du jeu de l'offre et de la demande.

Si l'objet est d'un usage courant, aucune difficulté ne se présentera. S'il est au contraire d'une nature spéciale qui

exige son placement dans un cercle restreint, la question pourra être tout autre : l'offre pourra dépendre de la rencontre éventuelle d'un amateur ou de circonstances accidentelles diverses.

Il en est exactement de même pour les objets aléatoires.

Une rente viagère peut s'apprécier par une table de mortalité, un risque d'incendie par un barème convenablement choisi dans les documents d'une compagnie d'assurances, une entreprise de jeu par les résultats acquis au cours des exercices précédents, une valeur à terme par l'examen des cours de la Bourse..., etc.

Cela n'empêche pas que le bénéfice éventuel d'une opération aléatoire isolée soit beaucoup plus délicat à estimer et que son appréciation dépende des individus et des circonstances, absolument comme la valeur d'un livre rare dont la vente nécessiterait la découverte d'un amateur.

Aucune différence essentielle ne se présente donc à ce point de vue entre un objet aléatoire et un objet ordinaire : tous deux, s'ils sont d'usage courant, ont leurs marchés et leurs cours, tous deux s'ils sont particuliers ont une valeur qui dépend de l'occasion.

L'aléa est une qualité de l'objet aléatoire, absolument comme la forme d'un vase, la couleur d'un écrin, le métal d'un chandelier. Pour savoir si cette qualité est substantielle, au sens juridique du mot, il faut interpréter l'intention des parties et, par là-même, laissant l'objet, remonter au contrat.

SECTION II. — LES MODALITÉS ALÉATOIRES.

66. — L'obligation la plus simple qu'on puisse imaginer s'exprime par un verbe, suivi d'un complément, par exemple : payer cent. Mais la volonté des parties a pu introduire certaines complications appelées modalités et relatives soit au verbe (payer à telle date, payer si tel événement se produit), soit au complément (cent ou tel objet).

La condition et le terme appartiennent au premier groupe. Au second appartient l'alternative : « *plures res sunt in obligatione, sed una tantum in solutione* (1). » Lorsque la détermination de l'alternative dépend non pas du débiteur (2), mais du hasard, on peut dire que l'obligation porte sur une chose aléatoire, sorte d'*universitas juris* composée de toutes les choses *in obligatione* affectées de leurs probabilités respectives. Une telle obligation, incertaine seulement quant à la chose sur laquelle elle porte, diffère profondément d'une obligation conditionnelle incertaine dans son existence même.

En somme, une obligation peut être aléatoire (*lato sensu*) de deux manières : relativement au verbe ou au complément. Dans la première hypothèse, il s'agit d'une obligation conditionnelle, et dans la seconde d'une obligation aléatoire (*stricto sensu*), c'est-à-dire portant sur des choses aléatoires.

Bien entendu, ces deux particularités ne sont pas exclusives : elles peuvent se trouver réunies dans une même obligation.

67. — Cette observation est générale : par exemple, une obligation peut être à la fois conditionnelle et à terme ; ainsi, à côté des modalités élémentaires il existe des modalités complexes formées par la combinaison de ces dernières entre elles. Seule, la modalité pure et simple est exclusive de tout autre, par définition.

La question de savoir si une convention est conditionnelle ou aléatoire est souvent controversée : il faut se souvenir alors qu'elle peut être l'un et l'autre, à la fois.

Précisons sur des exemples :

La vente de droits successifs est représentée par certains auteurs, dont M. Planiol (II, n° 1646) tantôt comme conditionnelle, tantôt comme aléatoire. Elle est, disent-ils, aléatoire, si le prix doit être payé, même en l'absence de

1. *Droit Romain*, Ruben de Couder, p. 432, 60.

2. *Inst.*, § 33, liv. IV, tit. IV. *Id.*, p. 433.

tout droit dans la succession ; elle est conditionnelle quand le cédant garantit l'existence de ses droits successoraux. Pour M. Hémar (1), ce doit être toujours un contrat aléatoire, car : « en cette matière, quand on parle d'aléa, on vise « simplement l'importance de l'élément successoral. On a « acheté la succession pour 100.000 francs, y aura-t-il, ou « n'y aura-t-il pas 100.000 francs ? Et cet aléa existe dès la « formation du contrat. »

Il est évident que la consistance de la succession étant incertaine, l'obligation du vendeur porte sur des choses aléatoires. Aucune confusion n'est d'ailleurs possible dans ce cas avec une obligation conditionnelle, en effet, la condition, essentiellement indivisible, n'est susceptible que de deux alternatives : l'arrivée ou la défaillance, tandis qu'ici il existe *in obligatione* une infinité de valeurs possibles.

L'opinion de M. Hémar n'est donc pas contestable ; mais on peut se poser une autre question, celle de savoir si, en plus de ce caractère aléatoire, le contrat ne revêt pas un caractère conditionnel. C'est là une question de fait, comme l'indique M. Planiol. Il n'y a pas contradiction entre les deux auteurs, parce qu'un contrat peut sans aucune difficulté être à la fois conditionnel et aléatoire.

Examinons un autre exemple, celui de la vente à une société en voie de formation (2).

Si l'objet de la vente est parfaitement déterminé, le contrat est manifestement conditionnel : il existe ou n'existe pas suivant que la société se forme et ratifie, ou qu'au contraire, elle ne se forme point ou ne ratifie pas. Il n'y a là d'ailleurs qu'une seule condition et non deux, car la ratification est subordonnée à la formation. Mais si l'objet de la vente a une consistance aléatoire, le contrat est à la fois conditionnel et aléatoire.

En somme, des deux genres de contrats pris en exemples, le premier est aléatoire avec possibilité d'être en outre con-

1. *Cours*, 1921-1922, p. 23.

2. Cf. M. Hémar, *Cours*, 1921-1922, p. 24.

ditionnel ; le second est conditionnel avec possibilité d'être en outre aléatoire.

On raisonnerait de même sur l'exemple classique des pêcheurs.

J'achète à tel prix le produit d'un coup de filet : la vente est sûrement aléatoire, car le coup de filet peut amener un nombre considérable de résultats possibles, néanmoins j'ai pu ajouter une condition, de façon plus ou moins explicite.

J'achète à tel prix un brochet, s'il s'en trouve un : la vente est conditionnelle parce que le brochet sera ou ne sera pas pêché ; elle est en même temps aléatoire parce qu'il sera plus ou moins gros.

68. — En résumé, la difficulté de distinguer le caractère conditionnel du caractère aléatoire ne semble pas très sérieuse dans les cas où les choses *in obligatione* sont susceptibles d'un grand nombre de possibilités. Il y a dans ce cas un aléa qui ne peut être confondu avec une condition, et il ne reste qu'à examiner si, en plus, une condition n'a pas été stipulée.

Mais la question est plus délicate si l'aléa n'est susceptible que de deux déterminations ; alors, sa ressemblance externe avec la condition est plus trompeuse et, pour distinguer, l'on ne dispose plus que du critérium interne qui réside dans la source de l'obligation.

Prenons un exemple :

La stipulation unilatérale suivante : je vous donne cent si Titius devient consul, ne peut être que conditionnelle : son caractère gratuit impose cette solution. Elle constitue dans le patrimoine du stipulant une chose aléatoire, mais, jusqu'à l'élection, elle n'est pas pour lui un droit.

Il en est évidemment de même de la stipulation identique sous condition inverse.

Mais supposons que ces deux stipulations aient été faites ensemble sous la forme d'un pari. Elles ont alors un caractère aléatoire.

Nous constatons donc l'impossibilité de discerner pour

l'une d'entre elles prise isolément le caractère aléatoire du caractère conditionnel : pour trancher la question il faut remonter à leur source, c'est-à-dire au contrat d'où elles sont nées.

Plaçons-nous dans l'hypothèse où elles sont aléatoires : elles existent alors *ab initio* et portent chacune sur un objet qui sera cent ou zéro suivant les événements. Avant l'élection, en supposant les choses égales, l'objet de chacune vaut cinquante. Cet objet peut périr ou doubler, mais il existe, et son caractère aléatoire est sa qualité essentielle. Pourtant, ce n'est pas cinquante qui est dû, c'est zéro ou cent. On ne peut donc exécuter le contrat tant que cette alternative reste en suspens. Les obligations nées du pari sont implicitement affectées d'un terme incertain, suspensif pour l'une et extinctif pour l'autre. C'est ce terme incertain qui donne ici la ressemblance entre le caractère aléatoire et le caractère conditionnel.

Pour nous en convaincre, supprimons-le et nous verrons aussitôt se dégager nettement l'individualité du caractère aléatoire. Il suffit pour cela d'imaginer que les parties ont explicitement renoncé au terme en convenant que chacune pourra quand il lui plaira réaliser son droit sur la base de la cote du moment. Aucune analogie n'existe plus alors avec la condition.

Il est ainsi établi que même dans ce cas le caractère aléatoire et le caractère conditionnel ne se ressemblent qu'en apparence et à la faveur de modalités de superposition. Si l'on ne prend pas garde à cette superposition on arrive fatalement à confondre l'aléa et la condition. C'est ce que fait M. Planiol au n° 936 de son tome II dans lequel il écrit ceci :

« Le caractère aléatoire d'un contrat peut être plus ou
« moins grand. Tantôt l'événement incertain joue le rôle
« d'une condition suspensive... c'est le cas de l'assureur si
« le sinistre n'arrive pas. » Quand M. Planiol écrit plus ou
moins grand, il entend sans doute plus ou moins pur.

Dans ces cas complexes, il faut, de toute nécessité pour

apprécier le caractère aléatoire d'une obligation, remonter à l'interprétation du contrat. A ce titre il est intéressant de savoir jusqu'à quel point on peut préciser la définition générale du contrat aléatoire ; ce sera l'objet du chapitre suivant. On remarquera que la distinction entre l'éventualité et la condition n'est pas exempte de subtilités. Son intérêt pratique tient surtout à la rétroactivité de la condition. En outre, le droit conditionnel n'existe pas encore *pendente conditione* tandis que le droit aléatoire existe *ab initio*. Il est permis de mettre en doute l'utilité de ces complications.

Les droits éventuels, futurs, conditionnels, aléatoires sont distingués par tradition, mais sont en réalité de même nature. Ils dépendent tous d'un aléa. Le point de vue technique les assimilerait. Si la notion technique de l'aléa pénétrait franchement dans le domaine juridique, il est probable que la théorie des droits en suspens ne tarderait pas à être simplifiée. Le principal obstacle à ces simplifications paraît être la rétroactivité de la condition, mais cette rétroactivité ne présente-t-elle pas, en somme, plus d'inconvénients que d'avantages ?

CHAPITRE IV.

LA DÉFINITION DES CONTRATS ALÉATOIRES

§ 1. — *L'aléa pour une ou pour plusieurs parties.*

69. — On se demande quelquefois si dans un contrat donné il y a de l'aléa pour une partie seulement ou pour toutes les parties. Pour répondre à cette question il faut d'abord la préciser.

L'aléa, c'est ici l'état d'indétermination d'un ensemble de prestations et c'est cet ensemble qu'il importe de définir soigneusement.

Une prestation implique un lien entre deux personnes ; celle qui donne et celle qui reçoit. Il est naturel de considérer, entre ces deux personnes, la balance des prestations qu'elles échangent en vertu du contrat. Le caractère aléatoire, au sens juridique du mot, paraît donc relatif à un rapport défini entre deux sujets.

Ainsi, étant donné un contrat conclu entre quatre personnes, ce contrat fait naître, en principe, six rapports réciproques entre ces quatre personnes prises deux à deux. Certains de ces rapports peuvent avoir un caractère aléatoire, et d'autres en être dépourvus.

Mais on peut aussi considérer l'une des quatre personnes et envisager la balance globale de ce qu'elle donne aux trois autres et de ce qu'elle reçoit d'elles. Cette balance pourra évidemment contenir des éléments d'indétermination, ou ne pas en contenir, suivant la personne que l'on aura choisie.

En un mot le caractère aléatoire est une propriété attachée à un ensemble de prestations, et ce n'est qu'après avoir défini complètement cet ensemble que l'on peut se demander s'il offre ou non de l'aléa. Lorsqu'on omet cette précaution élémentaire — et on l'omet souvent — la question : y a-t-il de l'aléa ? ne présente guère de sens.

Pour fixer les idées, raisonnons sur un exemple emprunté au cours de M. Hémard (1). Le propriétaire d'une émeraude la met en loterie en émettant mille billets de cent francs chacun. On peut se représenter cette opération de diverses façons : ainsi l'on peut dire qu'elle comporte mille contrats conclus entre le propriétaire et chacun des mille porteurs de billets, ou bien l'on peut dire qu'elle consiste en un contrat unique conclu entre mille une parties.

Dans la première de ces deux conceptions il est évident que chacun des mille contrats élémentaires est aléatoire, avec aléa pour chacune des deux parties relativement à ce contrat.

Dans la deuxième conception, il faut, pour apprécier l'aléa, définir en outre le rapport que l'on considère.

Entre le propriétaire d'une part, et l'ensemble des mille autres parties, il n'y a pas trace d'aléa : le rapport envisagé comporte l'échange de l'émeraude contre cent mille francs.

Entre deux porteurs de billets ou deux groupes définis de porteurs, il y a aléa, mais remarquons qu'une partie ne gagne pas nécessairement ce que l'autre perd : elles peuvent perdre toutes deux.

Il n'en est pas moins vrai que la logique paraît imposer la conception de mille contrats élémentaires, car il est difficile d'admettre que ces mille personnes aient pu, sans se concerter, contracter entre elles.

Il est naturel d'envisager isolément le rapport entre l'émetteur et le porteur d'un billet. De deux choses l'une : ou bien l'émetteur gagnera 100 francs et le porteur les

1. *Cours*, 1921-1922, p. 16.

perdra, ou bien l'émetteur perdra l'émeraude moins 100 fr. et le porteur gagnera l'émeraude moins 100 francs. Il y a 999 autres contrats qui permettront au propriétaire de l'émeraude de se rattraper, mais peu importe, ces contrats sont en dehors de celui qui, seul, nous occupe.

70. — On raisonnerait exactement de même à propos d'un contrat d'assurance ; l'élément juridique naturel est le rapport entre l'assureur et un assuré ; il est aléatoire.

De deux choses l'une, ou bien l'assureur gagne les primes ou bien il perd la somme assurée moins les primes. En tout cas l'assuré perd ce que l'assureur gagne, et inversement.

Sans doute, si on envisage le rapport entre l'assureur et l'ensemble des assurés, on doit reconnaître qu'il n'est guère aléatoire ; mais c'est une autre question, et elle semble plus économique que juridique.

De même, on peut se proposer l'étude des rapports entre assurés ou groupes d'assurés, mais ces rapports fictifs n'intéressent que la technique de l'assurance.

Quant à la balance entre le risque du patrimoine de l'assuré et l'avantage de son contrat, elle est en dehors de ce contrat et elle n'en est que le motif.

Les controverses relatives au caractère aléatoire de l'assurance ont leur source dans une confusion entre les effets précis et immédiats d'un contrat et ses résultats généraux. Les opinions divergentes émises à ce sujet ne sont pas des contradictions, mais plutôt des interprétations différentes d'une question mal posée.

Le rapport entre l'assureur et l'assuré, isolé de tous ses éléments externes est un pari. Les opérations des compagnies d'assurances sont des combinaisons d'aléas, c'est-à-dire de paris : au point de vue technique la théorie du jeu leur est applicable sans réserve.

71. — Nous concluons des remarques qui précèdent que la définition du contrat aléatoire doit être rapportée aux relations formées entre deux personnes seulement,

Aussi, supposons-nous dans ce qui suit que deux personnes seulement sont en présence. D'ailleurs, pour analyser une question juridique quelconque, il paraît indispensable de la ramener à un ensemble d'éléments ne comportant chacun que deux intérêts opposés. On peut toujours arriver à ce résultat, en formant au besoin des groupements fictifs.

§ 2. — *Les deux définitions du Code civil.*

72. — Le Code civil définit le contrat aléatoire en deux articles différents.

L'article 1964 dit en substance qu'un contrat est aléatoire lorsque l'une au moins des prestations dues dépend d'un événement incertain, et l'article 1104 que le contrat est aléatoire lorsque c'est la balance des dites prestations qui dépend d'un événement incertain.

Il va de soi que si l'on prend pour critérium l'indétermination de l'une des deux prestations, l'on trouvera des contrats aléatoires à prestations incertaines soit pour une seule partie, soit pour les deux.

Mais si l'on considère, au contraire, la différence de ces prestations, cette différence changera de signe quand on en intervertira les termes : on pourra dire alors que l'un gagne ce que l'autre perd (1).

Ainsi, c'est à juste titre que l'article 1964 dit « pour toutes les parties ou pour l'une d'entre elles », et c'est aussi avec raison que l'article 1104 dit « pour chacune des parties ». Cette divergence apparente est la conséquence logique de l'adoption de deux critères différents, et c'est, semble-t-il, à tort, qu'on la représente d'ordinaire comme une contradiction.

Il est à peine besoin d'ajouter que les prestations dont il s'agit s'entendent telles qu'elles sont promises, et non telles qu'elles peuvent devenir par suite de variations ultérieures.

1. Parce que nous n'envisageons que les rapports isolés entre deux parties seulement.

73. — Mais, pour qu'un contrat soit aléatoire, il ne suffit pas que les prestations remplissent telle ou telle condition : à côté de ce critérium externe, il y en a un autre, interne, et qui consiste en ce que l'aléa a été pris par la commune intention des parties comme élément constitutif de leur accord.

Ainsi, aucun des deux articles cités n'emploie le mot prestation ; l'un parle d'équivalent, l'autre d'avantage, et la tournure même de leur rédaction implique que la distinction d'un contrat aléatoire et d'un contrat commutatif repose pour une large part sur une base subjective.

Une vente à tant la mesure d'une quantité incomplètement déterminée de denrées, bien que comportant des prestations indéterminées, n'est pas, en général, un contrat aléatoire, ni au sens de l'article 1104, ni au sens de l'article 1964.

74. — Cela posé, comparons rationnellement les définitions données par ces deux articles.

D'abord, tout contrat aléatoire au sens de l'article 1104 est aussi aléatoire au sens de l'article 1964.

En effet, si la balance des prestations est indéterminée, il en est également ainsi de l'une au moins d'entre elles. Cela est évident, car si toutes étaient déterminées, leur différence le serait aussi.

Réciproquement, tout contrat aléatoire au sens de l'article 1964 est aussi aléatoire au sens de l'article 1104.

En effet, de deux choses l'une : ou bien l'une des deux prestations est indéterminée et l'autre fixe, auquel cas la différence est indéterminée et le contrat rentre dans la définition de l'article 1104, ou bien les deux prestations sont indéterminées. Dans cette dernière hypothèse leur différence sera aussi, en général, indéterminée. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait supposer à la fois que les deux prestations soient fongibles entre elles et que leur différence soit constante à tout événement. Mais cela est impossible, car nous aurions alors affaire à une donation,

ce qui serait incompatible avec le caractère aléatoire aussi bien au sens de l'article 1964 qu'au sens de l'article 1104.

Les deux propositions réciproques que nous venons de démontrer établissent que les deux définitions du Code sont équivalentes.

Tout contrat qui satisfait à l'une satisfait nécessairement à l'autre et inversement (1).

On peut choisir indifféremment l'une ou l'autre, et la question de savoir quelle est la meilleure ne présente guère de sens.

Nous proposons la définition suivante : Un contrat en vertu duquel l'une ou moins des prestations dues dépend d'un événement incertain est dit aléatoire pourvu que cette dépendance soit un élément essentiel de l'accord des parties.

75. — Une libéralité ne peut jamais, en conséquence, être un contrat aléatoire, car il ne saurait y avoir donation sans *animus donandi*, et s'il y a *animus donandi*, le caractère variable de la prestation promise n'apparaît que comme élément secondaire.

Si l'*animus donandi* est suspendu lui-même au sort d'un événement incertain : c'est l'existence de la donation qui est en jeu, elle est conditionnelle et non aléatoire au sens strict du mot.

De façon générale, chaque fois que la volonté des parties fait dépendre d'un aléa l'existence de l'accord, cet aléa n'est pas, à proprement parler, un élément de l'accord : le contrat n'est pas aléatoire ; il est conditionnel.

§ 3. — Contrats mélangés d'aléa.

76. — A côté des contrats purement aléatoires il en est de complexes qui peuvent être considérés comme une

1. Le chapitre des « Contrats aléatoires » dans le traité de MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl débute ainsi (p. 1, n° 1) :

« ... La question de savoir quelle est, de ces définitions, la plus exacte est

combinaison d'un contrat aléatoire et d'un contrat ordinaire. On dit parfois que les premiers sont essentiellement aléatoires et les autres accessoirement aléatoires. Ceux-ci sont extrêmement variés. Donnons-en quelques exemples :

Un ouvrier consent à raccommoder une pierre précieuse très fragile en prenant à sa charge le risque du travail moyennant un salaire plus élevé que le salaire normal (1). En réalité, il y a là deux contrats superposés et liés l'un à l'autre : un louage d'ouvrage ordinaire et, en plus, l'échange d'un risque contre un supplément de salaire.

Il en serait de même d'un dépositaire (2) ou d'un commodataire (3) qui aurait accepté, moyennant de l'argent, la responsabilité d'un risque qui normalement ne lui incomberait pas.

On peut même trouver cette superposition dans le contrat de gage. Une espèce sur laquelle l'empereur Alexandre fut appelé à donner une décision nous montre un créancier gagiste qui s'était chargé de tous les risques de la chose donnée en gage de telle sorte que la perte de cette chose devait libérer le débiteur (4). Outre le contrat de gage ordinaire il y avait là l'acceptation d'un risque en échange de l'octroi d'une garantie.

Un prêt peut être aléatoire ; il en est ainsi notamment, comme le remarque l'article 1964, du prêt à la grosse (5).

Un cautionnement obtenu moyennant un avantage payé à la caution est mélangé d'aléa : c'est la superposition d'un cautionnement ordinaire, c'est-à-dire gratuit, et, en plus,

« discutée. La définition de l'article 1104 est seule conforme à la réalité « des choses car par cela même que l'une des parties a chance de perdre et « de gagner, il en est de même de l'autre. »

Cette raison ne prouve évidemment pas que la définition de l'article 1104 est la meilleure. Ce choix que l'on s'efforce de faire entre deux définitions identiques constitue une controverse vraiment inexplicable.

1. Pandectes Françaises, n° 46 et 47 ; Troplong, *Des contrats aléatoires*, n° 17 et 19.

2. *Id.*, n° 48 ; Troplong, *id.*, n° 20 ; Ulpien, 4-7, § 15. Dig. De pactis, L. 1, C. Depositum.

3. *Id.*, n° 49 ; Troplong, *id.*, n° 21. L. 1, C. Commodati.

4. Pandectes Françaises, t. 5, p. 585 n° 50, L. 6, C. De pignorat. act.

5. Baudry-Lucantinerie et Wahl, *Contrats aléatoires*, n° 7.

l'acceptation d'un risque contre un prix en argent (1).

Il en serait de même d'une vente ordinaire avec garantie spéciale moyennant un supplément de prix, ou d'une vente d'un objet aléatoire : usufruit, droit litigieux, droits successifs, etc.

On dit ordinairement que tout contrat peut être aléatoire : il faut entendre par là qu'il peut y avoir mélange d'un contrat ordinaire et d'un pacte aléatoire adjoind.

Ce pacte, nous l'avons vu, peut même être tacite, si les circonstances permettent d'admettre que certains risques ont été exclus ou acceptés et qu'en conséquence les prestations dues seront dans une mesure plus ou moins large fonctions de la réalisation de ces risques.

Mais on peut critiquer l'observation suivante (2) :

« Dans combien de contrats ne fait-on pas dépendre un gain, une perte, un fait, d'un événement incertain !

« Le commerce qui spéculé sur la hausse et la baisse des marchandises, qui soumet telle fourniture à une dépréciation éventuelle des prix n'est-il pas sans cesse en présence de stipulations aléatoires (3) ? » Cette réflexion n'est pas juste au point de vue juridique ; elle prend le mot aléatoire dans un sens vulgaire et non dans celui que lui donne la langue du droit. Peu importe la valeur des prestations : il n'y a contrat aléatoire que si les prestations elles-mêmes, celles qui sont dues, dépendent explicitement ou tacitement d'un événement incertain. Il ne faut pas confondre l'effet juridique et le résultat économique d'un contrat.

77. — Dans certaines espèces, cette distinction peut être assez délicate.

Par exemple, deux personnes qui ont parié aux courses sur deux chevaux différents, conviennent d'échanger leurs coupons. Cette convention est-elle aléatoire ? Non, répond

1. Troplong, *Des contrats aléatoires*, n° 23.

2. Troplong, *Cont. aléat.*, n° 24.

3. Troplong, *Cont. aléat.*, n° 24.

la définition interprétée strictement, car les deux prestations sont parfaitement définies puisque ce sont les deux coupons. Mais si ces mêmes personnes avaient convenu d'échanger, après la course, ce qu'elles auraient touché, la convention serait aléatoire parce que les prestations dues seraient des sommes d'argent encore indéterminées. Le même contrat apparaîtrait donc aléatoire ou commutatif, selon un détail de pure forme.

De même un marché à terme est aléatoire au sens de notre définition, si on le conçoit comme portant sur des différences en argent : il ne le serait pas s'il portait sur les titres eux-mêmes.

Mais cette ambiguïté, toute théorique, ne résiste pas à l'examen. On peut concevoir, il est vrai, un même contrat, de plusieurs façons différentes, mais il n'y en a en général qu'une seule qui soit raisonnable.

Le titre n'étant pour les contractants que nous avons pris en exemples que la représentation d'une somme d'argent, il faut dire des deux conventions que nous venons de citer qu'elles sont aléatoires.

Autre exemple : l'achat du droit d'extraire des truffes dans une forêt est-ce un contrat aléatoire ou un bail à ferme ? La question revient à se demander si le droit porte sur les truffes ou sur le terrain.

Elle présente un intérêt pratique considérable, car dans le premier cas l'extracteur doit le prix à tout événement et dans le second il peut invoquer l'article 1769 lorsque la moitié au moins de la récolte lui a été enlevée par un cas fortuit, en l'espèce la neige et les gelées. Voici la solution donnée par le tribunal de Nîmes (1) : Le procès-verbal d'adjudication par lequel un particulier a acquis d'une commune le droit exclusif d'extraire les truffes dans une forêt pour plusieurs années, moyennant un prix annuel, constitue un bail à ferme et non un contrat aléa-

1. Pandectes françaises, t. 5, p. 586, n° 63. — Nîmes, 26 février 1883, *Gaz. Pal.* 83.2.107. 2^e partie, D. P. 83.2.214. — Rapprochez, en sens contraire S.72. 1.69.

toire : Il importe peu que la terre à laquelle s'applique le contrat ne soit soumise à une culture spéciale et que la récolte prévue soit produite par les forces seules de la nature. Il n'y a pas lieu de s'arrêter non plus à cette circonstance que le bail désigne les produits affermés sous le nom de produits accidentels, cette désignation n'étant employée que pour les différenciers des produits ordinaires consistant dans des coupes aménagées.

78. — Ainsi lorsqu'un contrat est mélangé d'aléa, ou qu'il peut être envisagé sous différentes formes, on peut avoir des hésitations sur la qualification à lui donner, et, par suite, sur l'étendue de la garantie qu'il comporte. C'est au critérium interne qu'il faut alors avoir recours, et, si l'acte est complexe, il faut en rechercher le caractère dominant. On retombe ainsi sur la définition du contrat aléatoire donnée par Heineccius : *actus quo fortuna praedominatur* (1). Cette définition, qui a le mérite de la simplicité, est peut-être encore la meilleure, puisque c'est à elle que l'on sera souvent obligé d'avoir recours en dernier ressort.

§ 4. — *Distinction des contrats aléatoires et des contrats à titre gratuit.*

79. — En dehors de la distinction entre les contrats aléatoires et les contrats commutatifs il faut en noter une autre, qui présente un intérêt considérable, et donne parfois lieu à de graves difficultés : c'est la distinction des contrats aléatoires et des contrats à titre gratuit.

Que décider, par exemple, de la convention par laquelle plusieurs propriétaires indivis ou associés conviennent que les immeubles communs appartiendront pour la totalité au survivant d'entre eux (2) ?

Il a été jugé que cette convention était aléatoire (3).

1. Pandectes, lib. 2, tit. V, n° 258. Cité par P. F., t. 5, p. 586, n° 66.

2. Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, p. 3.

3. Pandectes Françaises, t. 5, p. 586, n° 54. — Cass., 10 août 1836,

Que les accroissements par décès qui en résultent donnent lieu à la perception d'un droit de mutation à titre onéreux et non à titre gratuit (1). Inversement, entre deux personnes d'âge très inégal, une convention de ce genre a été traitée comme une libéralité (2). Là encore tout réside dans l'appréciation des circonstances, et la définition du contrat aléatoire est d'une bien faible utilité.

§ 5. — *Distinction des contrats aléatoires entre eux.*

80. — Enfin, même lorsque le caractère aléatoire est parfaitement établi, il peut être encore très difficile de faire la distinction entre les différents genres de conventions aléatoires ; nous allons le montrer sur un exemple.

Un héritier naturel et un tiers, légataire présumé du défunt, contractent l'obligation de se payer réciproquement une certaine somme suivant qu'il se trouvera ou non un testament sous les scellés.

Est-ce là un pari, ou une convention aléatoire pleinement valable ? La question s'est posée le 4 février 1833 devant la Cour de Bordeaux (3) dans une espèce qui mérite d'être rapportée en détail parce qu'elle montre parfaitement les difficultés de la distinction des divers contrats aléatoires. Cette espèce était la suivante :

Le sieur H. mourut au mois de mars 1832, après quelques jours de maladie, pendant lesquels il fut soigné par la dame L. Le défunt laissait pour héritière la dame D. sa sœur. Les scellés furent apposés sur les meubles dépendant de la succession. Au moment où il allait être pro-

S. 36.1.649, P. 36. III. 226, P. chr., D. P. 36. 1. 44. — Merlin, *Questions de droit* v^o Substitution § 4 ; — Rolland de Villargues, *Rep.*, v^o Aléatoire (contrat), n^o 5.

1. *Id.*, n^o 55. — Cass., 15 déc. 1852, S. 52. 1. 125, P. 53. I. 545, D. P. 52. 1. 336. — 26 avril et 26 juillet 1854, S. 54. 1. 403, P. 54. II. 152, et 55. I. 183, D. P. 54. 1. 264. — 9 avril 1856, S. 56. 1. 541, P. 56. II. 489, D. P. 56. 1. 157. — 14 juin 1858, P. 58. 1215, P. D. 58. 1. 252.

2. *Id.*, n^o 56. — Cass., 3 déc. 1807, D. *Rep.*, v^o Contrat aléatoire, n^o 9. 3. S. 34. 2. 24, D. P. 34. 2. 38.

cédé à leur levée, la dame D. et la dame L. conclurent le traité suivant :

« Dans le cas où il n'existerait pas de testament sous les
 « scellés, la dame D..., devenant héritière de l'entière suc-
 « cession, s'engage à payer à la dame L... la somme de
 « 20.000 francs. Dans le cas où, au contraire, un testament
 « serait trouvé sous les scellés, et où ce testament insti-
 « tuerait la dame L... pour légataire universelle, celle-ci
 « s'oblige à compter à la dame D... la même somme de
 « 20.000 francs. Et si le testament n'attribue ni à l'une, ni
 « à l'autre de ces deux dames l'intégrité de la succession,
 « alors chacune s'oblige à payer à celle d'entre elles qui ne
 « serait pas légataire dans le testament, le quart de ce que
 « l'autre recueillerait par suite du legs à elle fait » (daté
 du 4 avril 1832). Les scellés furent levés, aucun testament
 ne fut découvert, par suite l'entière hérédité se trouva dé-
 volue à la dame D... En vertu du traité conclu, la dame L...
 lui réclama alors 20.000 francs. Mais la dame D... répli-
 qua que le dit traité était un pari et qu'il n'ouvrait par suite
 aucune action en payement.

On ne peut lui donner, soutint-elle, le caractère d'un
 contrat aléatoire pleinement valable, car dans ceux de ces
 contrats que la loi autorise, il y a toujours quelque chose
 d'actuel, de réel, et de positif, indépendant des événements
 incertains et futurs qui doivent compléter le contrat. Ainsi,
 dans le contrat d'assurance, l'assureur reçoit à l'instant une
 prime, elle lui est due quels que soient les événements.
 S'agit-il du contrat de grosse aventure, le donneur four-
 nit à l'instant son argent, et le prêt se consomme sans
 attendre les événements futurs et contingents. Mais le traité
 ci-dessus n'a dans son principe aucune sorte de réalité :
 c'est un pur échange d'espérance et de crainte, il est par-
 faitement analogue avec le jeu de la hausse et de la baisse
 sur les effets publics, dans lequel les joueurs échangent
 leurs espérances et leurs craintes sur un cours avantageux
 ou sur un cours avili.

Il est donc évident, selon la dame D..., que ce prétendu

traité n'est qu'un pari déguisé, que sa vraie nature éclate de toute part et qu'il manque de tous les éléments constitutifs d'un contrat valable.

La fausseté de cette argumentation saute aux yeux. L'assurance, le marché à terme, le prêt à la grosse, etc., ne sont pas caractérisés par l'existence ou l'inexistence d'une prestation réelle immédiatement due. Nous avons déjà constaté que la partie aléatoire de n'importe quel contrat est, au point de vue objectif, un pari. Au point de vue juridique, ce qui distingue le pari des contrats aléatoires pleinement valables, c'est l'élément intentionnel : le motif. Le pari que la loi refuse de sanctionner est celui qui est dépourvu de tout motif avouable en dehors de l'intention de parier. C'est la « folle convention » qui est dédaignée par la loi. Une assurance n'est pas une folle convention et c'est pour cela que le droit ne l'assimile pas à un pari. On en dirait de même de tous les contrats aléatoires validés : prêts, rentes, ventes, etc. Le marché à terme, depuis 1885 n'est plus une folle convention parce qu'on lui a trouvé une certaine utilité. Dans l'espèce que nous avons rapportée ci-dessus, il n'y avait pas pari parce qu'il n'y avait pas intention de parier, mais intention de faire une sorte de transaction aléatoire : la dernière phrase du traité le montre.

La même convention, abstraction faite des circonstances externes, aurait pu être un simple pari. L'existence de l'aléa permet de distinguer les contrats aléatoires de ceux qui ne le sont pas, mais pour aller plus loin, et pour distinguer entre eux les différents contrats aléatoires, ce sont précisément les éléments autres que l'aléa qu'il faut considérer.

Dans notre espèce la Cour a statué en déclarant qu'il y avait contrat aléatoire valable et a condamné la dame D... à payer les 20.000 francs en justifiant sa décision par les considérations suivantes :

« Attendu qu'on ne peut considérer cet engagement ni
« comme un jeu ni comme un pari, puisque chacune des par-
« ties en faisant le sacrifice de son droit éventuel devait con-
« server une partie des avantages qu'elle aurait recueillis.

La décision est fort juste, mais cet attendu paraît faible et peu clair.

§ 6. — *Retour sur les contrats aléatoires collectifs.*

80 bis. — Nous rappelons ici ce groupe de contrats très importants auquel nous avons consacré le chapitre III de notre première partie : loteries, jeux, assurances, capitalisation, épargne, prévoyance, tontines, etc. Ils sont définis par leur fonctionnement d'ensemble, et caractérisés par la mise en œuvre d'une technique très développée. Il semble à première vue qu'il y ait pour eux une sorte d'opposition entre le point de vue juridique et le point de vue technique, en ce sens que le premier recommande l'examen du lien de droit entre l'entreprise et un contractant tandis que le second exige la prise en considération du mécanisme d'ensemble. On ne peut, sans aller à l'encontre de la réalité, méconnaître le rôle capital de la mutualité qu'ils comprennent et pourtant lorsqu'on envisage le rapport contractuel entre les deux signataires de l'un des actes formés, il paraît difficile au point de vue juridique de tenir compte des liens qui concernent d'autres sujets. Il faut admettre l'influence sur le contrat d'éléments extérieurs au champ contractuel proprement dit, et en l'absence de construction juridique spéciale à cet objet, on ne peut guère réaliser la conciliation des deux points de vue qu'en faisant intervenir les motifs. Nous avons d'ailleurs déjà rencontré cette nécessité. Nous avons montré aussi comment on pouvait être amené à en conclure que l'assurance n'est pas un contrat aléatoire. Cette opinion est manifestement incompatible avec les termes de la définition du contrat aléatoire (1), mais malgré cela il n'est pas niable

1. Ainsi voici ce qu'en dit M. Planiol :

« Soit qu'on s'en tienne à la conception courante et qu'on voie seulement dans l'assurance un contrat entre la compagnie et l'assuré, soit qu'on pénètre au fond des choses pour y découvrir une sorte de mutualité établie en vue de la répartition annuelle des sinistres, le contrat

qu'elle renferme une grande part de vérité. En réalité l'antinomie provient de ce que la théorie juridique de ces contrats techniques reste à faire : il y a là une lacune dans notre droit.

« garde toujours son caractère aléatoire, car chaque assuré est débiteur, « d'une manière ferme, de la somme appelée prime, et créancier d'une « manière conditionnelle, du capital qui lui sera nécessaire pour réparer « son sinistre. »

CONCLUSION

LES RAPPORTS DE LA NOTION JURIDIQUE ET DE LA NOTION TECHNIQUE.

L'extension désirable de cette dernière
dans le domaine juridique.

81. — « La distinction des contrats aléatoires et des « contrats commutatifs, écrit M. Planiol (t. II, n° 2105), « commode à employer pour désigner tout un groupe de « contrats, n'a point d'utilité pratique. » C'est bien là, en effet, la conclusion logique des développements qui précèdent. Le seul intérêt que l'on pourrait, à la rigueur, trouver à cette distinction est la différence déjà signalée relativement à la lésion, encore la jurisprudence a-t-elle, comme nous l'avons vu, tendance à l'atténuer. La notion juridique de l'aléa est, en somme, assez peu consistante ; la plupart des questions qui s'y rattachent, par exemple celle de la garantie, se ramènent, en définitive, à des questions d'interprétation de volonté. Il ne semble d'ailleurs pas qu'on ait jamais cherché à la préciser en l'étudiant pour elle-même. En fait, les contrats aléatoires ne présentent une véritable originalité que lorsqu'ils reposent sur une base technique. Les progrès du droit en matière aléatoire paraissent ne pouvoir être cherchés que dans l'introduction de la notion technique de l'aléa dans le domaine juridique, chaque fois qu'il sera possible de le faire.

82. — Le code présente une tendance exactement con-

traire. Par exemple, l'article 917 cherche manifestement à éviter l'estimation d'un aléa dans un cas où elle serait pourtant facile. Si le défunt a disposé d'un bien viager dont la valeur excède la quotité disponible, la loi donne à l'héritier une option : il peut à son choix, maintenir la libéralité telle qu'elle a été faite par le testateur ou abandonner la quotité disponible en pleine propriété. La difficulté se trouve ainsi tournée par un artifice qui ne manque pas d'ingéniosité. Remarquons pourtant que la réduction conformément aux tables de mortalité aurait été une solution meilleure en ce sens qu'elle aurait évité de déroger aussi gravement au droit commun. La loi admet ici sans nécessité absolue la transformation de la nature de la libéralité à l'encontre de la volonté du testateur.

Dans le même ordre d'idée l'article 918 qui assimile aux donations certaines aliénations à rente viagère avec réserve d'usufruit, ne se soucie pas le moins du monde du rapport entre la valeur de la prestation viagère et celle du bien aliéné. Là encore un calcul par une table de mortalité aurait très simplement fait apparaître ce rapport, seul critérium logique pour définir la nature de l'opération. Ces deux dispositions donnent un exemple des inconvénients que présente pour le législateur la répugnance à l'emploi de calculs scientifiquement établis. Cette tendance, explicable en 1803, le serait beaucoup moins de nos jours où les notions de probabilité et de statistique se répandent de plus en plus.

83. — La notion technique de l'aléa est quantitative ; elle admet la représentation par un nombre, c'est-à-dire qu'elle assimile l'aléa à une grandeur mesurable. Au contraire la notion juridique est purement qualitative ; l'aléa existe ou n'existe pas. Cette dernière conception s'écarte manifestement de la réalité, car il est évident que l'aléa est susceptible de plus ou de moins. De plus, elle ne se prête guère aux constructions synthétiques ; les différentes espèces juridiques se trouvent traitées isolément,

sans lien d'ensemble, et cette absence d'unité provoque, comme l'on pouvait s'y attendre des incertitudes et des contradictions.

84. — Par exemple doit-on appliquer l'article 917, par analogie, au cas où le droit légué est une nue propriété (1)? La question s'est présentée devant la Cour de Rennes, en 1853: une testatrice, ayant un enfant unique (quotité disponible, moitié de la succession), avait légué la nue propriété d'un domaine qui formait les deux tiers de sa fortune.

Dans notre ancien droit, Lebrun proposait de laisser l'option à l'héritier (*Successions*, liv. II, ch. III, sect. 4, n° 2) et c'est encore ce que décide M. Demolombe qui étend l'article 917 à cette hypothèse. La Cour de Rennes avait accepté cette solution par arrêt du 27 février 1856, mais sa décision a été cassée. La Cour de cassation a décidé que l'article 917 est une disposition exceptionnelle qu'on ne doit pas étendre. Le légataire doit donc être réduit à la nue propriété de la quotité disponible parce que la libéralité qui va au delà entame la réserve. D'autre part le légataire ne peut pas demander qu'on l'indemnise en usufruit de ce qu'on lui fait perdre en nue propriété: la libéralité lui a été faite en nue propriété, il ne peut pas réclamer autre chose. L'héritier réservataire est donc quitte en abandonnant la nue propriété de la quotité disponible dont il conserve l'usufruit (Cass., 17 juin 1857, S. 57.1.739; Cass., 6 mai 1878, D. 80.1.345, S. 78.1.349; Amiens, 26 février 1896, D. 97.2.198, S. 98.1.130). Il est pourtant évident que le réservataire est lésé: il n'a pas la quotité disponible, puisqu'il n'en a que l'usufruit. Il aurait été plus logique et plus juste de tenir compte de la durée probable de la vie de l'héritier et d'accorder au légataire, sur cette base technique, une nue propriété plus étendue que celle de la quotité disponible et correspondant à la valeur de la

1. Planiol, t. II, n° 3139.

pleine propriété de la quotité disponible. Il est discutable d'objecter qu'alors l'héritier ne serait pas rempli de sa réserve : il a la pleine propriété d'une partie de la réserve, et, en plus, un usufruit équivalent à ce qui lui manque pour la compléter.

Quoi qu'il en soit, le système de la jurisprudence est illogique, les deux hypothèses d'une disposition soit en usufruit, soit en nue propriété, ne sont pas réellement distinctes ; ce sont, comme le dit M. Planiol, les deux faces d'une seule et même difficulté, que Lebrun étudiait en même temps, et auxquelles une seule et même solution devrait être applicable.

85. — Par ailleurs, la loi elle-même se contredit : dans un conflit entre un réservataire et un légataire de droit viager l'article 917 tourne la difficulté, mais dans le conflit analogue entre deux légataires, l'article 1970, au titre des contrats aléatoires, prescrit de faire subir à tous deux une réduction proportionnelle, en vertu de l'article 926, ce qui rend nécessaire dans ce cas l'estimation numérique du droit viager.

En somme, la loi n'a pas échappé à la nécessité de calculer la valeur d'un droit aléatoire, mais elle ne s'y est pliée que lorsqu'elle ne pouvait pas faire autrement. A l'heure actuelle les perfectionnements réalisés par la technique aléatoire permettraient de préconiser le principe inverse qui consisterait à faire de plus en plus la règle de ce qui était jusqu'ici l'exception.

86. — La tendance que nous critiquons a son origine dans l'idée qu'un droit certain et qu'un droit aléatoire ne sont pas susceptibles d'une commune mesure. Cette idée n'est juste qu'en théorie : elle conduit à négliger en pratique un moyen de comparaison qui, sans être parfait, n'en est pas moins le meilleur. D'ailleurs bien souvent l'estimation de la valeur d'un objet certain contient implicitement celle d'un aléa. Donnons à ce propos un exemple des incon-

séquences auxquelles aboutit la distinction arbitraire faite par le droit entre les choses aléatoires et celles qui ne le sont pas.

En matière de communauté, la jurisprudence admet que les arrérages d'une rente viagère contiennent virtuellement une partie de capital. M. Planiol (n° 1260, t. II) montre par un exemple l'inanité de ce point de vue : qu'un domaine rural rapportant 2 1/2 0/0 soit vendu et remplacé par une maison de rapport dans Paris, vieille et mauvaise rapportant 6 0/0 net. Avant trente ans peut-être la maison sera en ruine et aura besoin d'être rebâtie : il y a donc même sacrifice du fonds par une augmentation temporaire du revenu.

Personne n'admet pourtant qu'une partie du capital est incorporée au revenu de l'immeuble. Il est incontestable que la valeur de toutes choses dépend à la fois du chiffre de leur rendement annuel et de leur durée probable, et que par suite la jurisprudence en distinguant, à ce sujet, les rentes viagères des autres rentes a donné plus d'importance aux mots qu'à la réalité. Une analyse plus objective de la notion de l'aléa aurait sans doute permis d'éviter cet écueil.

87. — Nous remarquerons encore que la considération du point de vue technique renforcerait parfois les raisons qui justifient certaines dispositions légales. Par exemple on se demande souvent pourquoi le jeu est traité en général avec défaveur par la loi, et l'on répond à cette question en énumérant un grand nombre de considérations diverses d'ordre moral, social, économique, etc. On oublie toujours d'en ajouter une autre qui pourtant semblerait plus décisive à certains esprits : le jeu prolongé, même théoriquement équitable, ne l'est pas pratiquement et aboutit presque à coup sûr à la ruine du joueur le moins riche. Cette vérité se trouve développée, avec calculs à l'appui, dans tous les traités de probabilités. Il en résulte que le jeu contient en lui-même un élément dolosif qui n'est généralement

pas aperçu par les moralistes plus enclins aux raisons métaphysiques qu'aux réalités tangibles. Le calcul des probabilités leur fournirait en l'espèce une aide qu'ils ont tort de négliger.

88. — En résumé nous constatons sur les quelques exemples indiqués ci-dessus que la conception technique de l'aléa pourrait être mise à profit dans les sciences juridiques, aussi bien par le législateur que par la jurisprudence ou la doctrine.

On peut d'ailleurs espérer que ces applications deviendront plus aisées avec les progrès de la technique. Cette opinion est exprimée dans les termes suivants par M. Borel dans la préface de son livre *Le Hasard* : « Lorsque « les applications aux sciences exactes auront perfectionné « la théorie des probabilités, l'introduction des lois du « hasard dans les sciences biologiques, sociologiques, « psychologiques, etc. ., sera rendue à la fois plus aisée « et plus féconde. » Nous remarquerons enfin que la mise en œuvre systématique des données techniques aurait pour résultat d'ensemble une diminution de l'importance des effets aléatoires. D'abord le jeu normal de la loi des grands nombres établirait entre eux, dans une certaine mesure, une sorte de compensation automatique. Ensuite l'étude rationnelle des contrats aléatoires collectifs, en permettant de distinguer avec plus de sûreté ceux qui doivent être proscrits, favoriserait le développement du contrat d'assurance auquel actuellement d'autres contrats plus ou moins dolosifs font trop souvent concurrence. Si les notions juridique et technique de l'aléa étaient plus étroitement associées, leur union se prêterait à une compensation plus efficace des effets aléatoires. Cette orientation nouvelle du point de vue juridique tendrait à renforcer l'équilibre social, et c'est là, en définitive, la véritable raison d'être du droit.

Il serait donc à souhaiter que les sciences juridiques fassent un plus large profit des conceptions élaborées par

les sciences modernes. D'ailleurs les unes comme les autres poursuivent le même but, qui est d'unir, par le moyen de l'Art, la souplesse des applications et la rigueur de la pensée.

Vu : le Président de la thèse,
HEMARD

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris,
P. APPELL

BIBLIOGRAPHIE.

- Troplong*. — Des contrats aléatoires. Paris, 1843.
- Pont*. — Des petits contrats, I, n° 590 à 790.
- Aubry et Rau*. — Cours de droit civil français, 4^e édition. Paris, 1871, t. IV, p. 573 à 593.
- Laurent*. — Principes de droit civil français. Bruxelles, 1877, t. XXVII, p. 207 à 372.
- Colmet de Santerre*. — Cours analytique de Code civil, t. VIII, p. 134 à 188.
- Guillouard*. — Traité des contrats aléatoires et du mandat. Paris, 1893.
- Baudry-Lacantinerie et Wahl*. — Traité théorique et pratique de droit civil. Des contrats aléatoires. Paris, 1899.
- Planiol*. — Traité élémentaire de droit civil, 6^e édition. Paris, 1912, p. 664 à 691.
- Capitant*. — De la cause des obligations. Paris, 1923, n° 18 à 21 ; n° 91, 101 et 132.
- Hémar*d. — Les contrats aléatoires. Cours 1921-1922. Paris.
- Louveau*. — Théorie de l'imprévision. Rennes, 1920. (Thèse).
- Fyot*. — Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision. Dijon, 1921. (Thèse).
-

TABLE DES MATIÈRES.

	Pages
INTRODUCTION.	3

PREMIÈRE PARTIE

La notion technique de l'aléa dans les contrats

CHAPITRE PREMIER — <i>Considérations préliminaires.</i>	9
<i>Section I. — La probabilité</i>	9
<i>Section II. — La statistique.</i>	14
CHAPITRE II. — <i>La notion de risque.</i>	21
Notions vulgaires; Notion technique; Compensation des risques; Paris répétés et assurances.	21
CHAPITRE III. — <i>Les contrats aléatoires collectifs.</i>	30
Loteries; jeux, martingales, assurances, autres contrats. . .	30

DEUXIÈME PARTIE

La notion juridique de l'aléa dans les contrats

CHAPITRE PREMIER. — <i>L'aléa et la validité du consentement.</i> . .	41
<i>Section I. — Le défaut d'aléa.</i>	41
§ 1 ^{er} . — Exemples de nullités.	41
§ 2. — Aléas essentiels et accessoires	43
<i>Section II. — La captation aléatoire</i>	43
§ 1 ^{er} . — L'aléa et le dol	43
§ 2. — Les concours de journaux	46
<i>Section III. — Le rôle spécial des motifs</i>	51
§ 1 ^{er} . — Les motifs	51
§ 2. — L'aléa pur	53
§ 3. — L'aléa mêlé	53
CHAPITRE II. — <i>L'aléa et l'interprétation des volontés.</i>	57
<i>Section I. — Le cas fortuit.</i>	57
§ 1 ^{er} . — La question des risques.	57
§ 2. — Caractère aléatoire et garantie.	60

Section II. — L'imprévision	63
§ 1 ^{er} . — Le problème.	63
§ 2. — Les précédents	65
§ 3. — Le Projet Failliot	67
§ 4. — Conclusion sur l'imprévision	69
CHAPITRE III. — <i>L'aléa et l'obligation</i>	72
Section I. — Les choses aléatoires.	72
§ 1 ^{er} . — L'aléa et l'objet	72
§ 2. — La lésion	73
§ 3. — L'article 1674 du Code civil.	74
§ 4. — La valeur des objets aléatoires.	77
Section II. — Les modalités aléatoires	78
CHAPITRE IV. — <i>La définition des contrats aléatoires.</i>	84
§ 1 ^{er} . — Aléa pour une ou pour plusieurs parties.	84
§ 2. — Les deux définitions du Code civil.	87
§ 3. — Contrats mélangés d'aléa.	89
§ 4. — Distinction des contrats aléatoires et des con- trats à titre gratuit.	93
§ 5. — Distinction des contrats aléatoires entre eux.	94
§ 6. — Retour sur les contrats aléatoires collectifs.	97
CONCLUSION	99
BIBLIOGRAPHIE.	106

